

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

CAMILA TOLEDO SCOPARO E FARIA

**O EXAME DE DNA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS PERANTE  
SITUAÇÕES DE GEMELARIDADE UNIVITELINA E REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Curitiba  
2017

CAMILA TOLEDO SCOPARO E FARIA

**O EXAME DE DNA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS PERANTE  
SITUAÇÕES DE GEMELARIDADE UNIVITELINA E REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Coordenação de Direito da Universidade Federal  
do Paraná, na linha de Direito Civil, para obtenção  
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Erolths Cortiano Júnior

Curitiba

2017

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial à minha filha Maria Eduarda, meu marido José Antônio, minha irmã Carina e meus pais Tânia e José Roberto por todo amor, carinho e dedicação voltados a mim durante todos esses anos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que me alicerça hoje e sempre.

Ao meu orientador Prof. Erolths Cortiano Júnior, por acreditar em meu trabalho e me dar liberdade para escrita do tema.

À minha filha Maria Eduarda por ser meu maior amor, meu presente de Deus, minha vida se completou após seu nascimento.

Ao meu marido José Antonio por todo apoio, amor, carinho e compreensão que me foram voltados todos esses anos, e que me proporcionou o maior presente do mundo, a Duda.

À minha irmã Carina por todo companheirismo, amor e apoio em todas as etapas de minha vida.

Aos meus pais por mesmo distantes se fazerem sempre presentes, em todos os momentos de minha vida, me ajudando a superar todos os obstáculos, e me amando acima de tudo.

A toda minha família por sempre estar ao meu lado, por me apoiar e acreditar em meu trabalho.

A todos que contribuíram direta ou indiretamente com este trabalho.

## **RESUMO**

O exame de DNA como prova no Direito Civil deve remeter a uma análise de sua aplicação na prática jurídica, e, mais especificamente, a casos emblemáticos envolvendo gêmeos univitelinos e reprodução humana assistida heteróloga, considerando a necessidade de sua utilização como meio probatório cível em testes de paternidade e investigação genética. Em ambos os casos, é o exame de DNA que trará, definitivamente, a identificação da paternidade biológica, bem como a ascendência genética, mas, acabam por acarretar na dificuldade da identificação da filiação, e consequentemente, o convencimento e decisão do juiz, que deverá analisar o caso de acordo com a concretude do que lhe é apresentado, considerando os princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, fazendo-se a ponderação necessária para chegar à melhor solução. Assim, a pesquisa usa da contribuição da medicina, bioquímica, ética e direito, que, através da realização do DNA, expõe as limitações atuais deste conhecimento na solução dos casos relativos à investigação de paternidade no que tange aos gêmeos univitelinos e às modernas técnicas de reprodução assistida, demonstrando-se seus reflexos no estatuto da filiação, a partir da compreensão do choque entre diversas “verdades” capazes de alicerçar, com semelhante legitimidade, os vínculos de paternidade e maternidade.

.

**Palavras-chave: Exame de DNA; Paternidade; Gêmeos univitelinos;  
Reprodução assistida.**

## **ABSTRACT**

The DNA test as evidence in Civil Law should refer to an analysis of its application in legal practice, and more specifically to emblematic cases involving univiteline twins and heterologous assisted human reproduction, considering the necessity of its use as a means of civil probes in tests Paternity and genetic research. In both cases, it is the DNA test that will definitively identify biological parenthood, as well as genetic ancestry, but, as a result, it will lead to the difficulty of identifying the affiliation and, consequently, the conviction and decision of the judge, which It should analyze the case according to the concreteness of what is presented to it, considering the guiding principles of our legal system, taking the necessary consideration to arrive at the best solution. Thus, the research uses the contribution of medicine, biochemistry, ethics and law, which, through the DNA realization, exposes the current limitations of this knowledge in the solution of cases related to paternity investigation regarding univiteline twins and modern techniques of Assisted reproduction, demonstrating its reflexes in the statute of filiation, from the understanding of the clash between several "truths" capable of establishing, with similar legitimacy, the bonds of paternity and maternity

**Keywords:** DNA examination; Paternity; Single twins; Assisted reproduction.

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2.A RELAÇÃO DIREITO E CIÊNCIA: A BIOÉTICA E O BIODIREITO.....</b>	<b>13</b>
2.1 PRINCÍPIOS DO BIODIREITO .....	16
2.3 BIODIREITO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO .....	19
<b>3.EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS EMPREGADAS NA IDENTIFICAÇÃO HUMANA.</b>	<b>20</b>
3.1 BREVE CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO .....	20
3.2 OS TESTES TRADICIONAIS UTILIZADOS NA IDENTIFICAÇÃO.....	22
3.3 O USO DO DNA NA IDENTIFICAÇÃO HUMANA E VANTAGENS SOBRE OS DEMAIS TESTES.....	24
<b>4.A MOLÉCULA DE DNA.....</b>	<b>25</b>
4.1 ESTRUTURA E FUNÇÃO DO DNA .....	25
4.2 TRANSMISSÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA.....	27
4.3 MÉTODOS DE DETECÇÃO DO DNA.....	29
<b>5.O EXAME DE DNA E O DIREITO CIVIL .....</b>	<b>29</b>
5.1 PROCEDIMENTOS TÉCNICOS NAS ANÁLISES DE DNA .....	29
5.2 A PROVA DE DNA NO SISTEMA LEGAL .....	31
5.3 DNA E A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE .....	32
5.4 A PRESUNÇÃO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	33
5.5 OS DIREITOS DO MENOR INVESTIGANTE .....	36
5.6 OS DIREITOS DO INVESTIGADO .....	38
5.7 OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE.....	41
<b>6 A PATERNIDADE EM CASO DE INVESTIGADOS GÊMEOS UNIVITELINOS....</b>	<b>46</b>
6.1 A GEMEALIDADE UNIVITELINA.....	46
6.2 IMPLICAÇÕES DA IDENTIDADE GENÉTICA DE GÊMEOS UNIVITELINOS NA PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE .....	47
6.3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	50
6.4 Os EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM CASO DE GEMEOS UNIVITELINOS.....	61
<b>7.A PATERNIDADE EM CASO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA .....</b>	<b>65</b>

7.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	65
7.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA .....	74
7.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA .....	75
7.4 FILIAÇÃO.....	80
7.5 EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NA FORMA HETERÓLOGA .....	84
7.6 A FALTA DE LEGISLAÇÃO SOBRE A MATÉRIA.....	102
<b>8. CONCLUSÃO .....</b>	<b>106</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>110</b>



## PRÓLOGO

Com a finalidade de se presumir a paternidade e investigar a ascendência genética dos indivíduos em casos complexos envolvendo gêmeos univitelinos e reprodução heteróloga, para o consequente estabelecimento de vínculo entre genitor e infante, algumas considerações ensejam importantes discussões jurídicas para seu solucionamento.

Atualmente, o exame do DNA é o que se tem de mais avançado em matéria de prova pericial. A investigação da paternidade tem por finalidade a busca da verdade, desta forma, levando-se em consideração que a prova de DNA apresenta-se com uma grande exatidão e precisão, mostra-se como um importante subsídio ao magistrado para, em consonância com demais tipos de provas, a construção de sua decisão judicial. Desta forma, torna-se admissível sua obrigatoriedade no nosso ordenamento jurídico, tornado a prestação judicial mais ágil e eficaz.

A premissa diz respeito a uma prova científica capaz de identificar os genes de duas pessoas relacionando-as como pai e filho (a), com alto grau de confiabilidade. Não podemos, portanto, deixar de ressaltar a importância que o uso desta técnica traz para o direito de família, pois o mesmo busca modernizar e adequar o nosso direito a realidade em que vivemos hoje, já que o nosso ordenamento, em determinadas situações, não acompanha a rápida evolução tecnológica e científica em que vivemos.

Contudo, perdura a falta de uma legislação específica sobre o assunto, que deixam lacunas de árduo entendimento na hora de tomar decisões, imputando aos julgadores a tomada de decisões consoante com os costumes e preceitos fundamentais, no intuito de não ferir o direito das partes.

O exame de DNA apresentou uma limitação que deixa uma lacuna na solução de casos na seara jurídica, especificamente no que atine a um dos casos em debate, sobre a investigação de paternidade nos casos de gêmeos univitelinos, sendo trazido à baila o caso dos portadores de DNA idêntico, impossibilitando a identificação da paternidade única.

Ademais, tal exame, na seara da investigação genética concernente à reprodução humana assistida heterozigótica, é uma técnica deveras importante, considerando ser a única capaz de determinar a relação de filiação ou ascendência genética do indivíduo em casos complexos e não regulados pela lei. No entanto, o

embate fica a critério das esferas jurídica e ética, em que há interesses opostos, por um lado, o infante quanto à sua identidade genética, e, por outro, o genitor biológico quanto à preservação de sua intimidade e sigilo.

Destarte, necessário se faz uma análise mais aprofundada atinente aos temas propostos, a fim de possibilitar uma melhor compreensão da polêmica existente sobre o direito da busca da identidade e o direito ao reconhecimento da paternidade, contrapondo questões externas, quer sejam, éticas, morais e/ou religiosas, na tentativa de encontrar soluções aptas a sanar questionamentos futuros.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do final da década de 80 foi introduzida no Brasil a nova tecnologia do exame do DNA (ácido desoxirribonucleico), a qual evoluiu no sentido de se tornar indispensável como procedimento de estudos de casos cíveis e forenses, por empregar técnicas extremamente sensíveis. A partir desta análise, passou a ter relevância a investigação da paternidade e da identidade genética dos indivíduos.

Desta forma, pode-se dizer que o exame de DNA se encaixa perfeitamente entre as modalidades de perícia que estão sendo empregadas em determinadas investigações cíveis, as quais reúnem novos meios de pesquisa e de apuração fincados no conhecimento e manuseio de modernas tecnologias, sendo que a grande importância desta técnica está atrelada ao desenvolvimento da Biologia Molecular e à estabilidade química e térmica da molécula de DNA, pois se permite a obtenção de padrões genéticos específicos aos indivíduos, os quais podem ser comparados com os do investigado na perquirição da paternidade.

O DNA ou ADN está presente nos cromossomos, encontrado no núcleo das células, e sua estrutura é a responsável pela transmissão, de geração para geração, das características genéticas dos seres vivos, resultando no código genético individual. O principal papel do DNA é armazenar as informações necessárias para a construção das proteínas e ARNs (ácido ribonucléico), que são responsáveis por carregar a informação genética (genes) e regular o uso da informação genética.

A definição deste material dentro da legislação brasileira era encontrada na Lei 8.974/95, revogada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, no art. 3º, inciso II<sup>1</sup>, que trata das normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

A utilização do exame de DNA no processo judicial brasileiro está fortemente relacionada como meio de prova no processo civil, especificamente no Direito de Família, principalmente em testes que visam a confirmação ou não da paternidade, com a consequente obrigatoriedade do pagamento de pensão alimentícia e o

---

<sup>1</sup>Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

reconhecimento no registro de nascimento do filho. Um detalhe interessante nesses casos é que o material genético utilizado na realização do exame não necessita ser obrigatoriamente colhido do suposto pai, podendo ser realizado o exame de DNA a partir dos ascendentes e descendentes do investigado.

Ressalta-se aqui que, em alguns casos julgados sobre investigação de paternidade, verifica-se a preponderância do princípio da proporcionalidade, sobrepondo-se o direito da criança à paternidade em consonância aos princípios constitucionais da integridade física e da violação da intimidade do investigado. Sendo, portanto, uma evolução do Poder Judiciário na adoção de tal medida no sentido de proteção de uma bem maior, que é o da criança e do adolescente.

No entanto, por mais que represente ser a solução perfeita para a imputação da paternidade biológica e, conseqüentemente, jurídica, o exame de DNA não é eficaz em todas as situações, visto que existem indivíduos que possuem o mesmo código genético, ou seja, possuem o DNA exatamente idêntico: os *gêmeos univitelinos ou monozigóticos*. Nesta toada, necessário se faz o questionamento acerca da presunção da paternidade em casos envolvendo investigados gêmeos univitelinos.

Ademais, pode-se concluir que a função deste tipo de exame extrapola a simples comprovação da paternidade, podendo adentrar no campo da ascendência genética do indivíduo, para que busque sua verdadeira identidade. Ou seja, com o advento das técnicas de DNA, houve a possibilidade da busca pela identidade genética, como, por exemplo, na investigação de paternidade dos filhos provenientes de doação heteróloga, ou seja, a reprodução artificial humana assistida, de modo que, mesmo que o estado de filiação já esteja estabelecido há a possibilidade da busca pela sua ascendência biológica.

Portanto, havendo investigação de paternidade no caso de inseminação artificial heteróloga, o filho somente poderá investigar sua origem genética para fins da necessidade de conhecimento nos casos de grande imprescindibilidade genética e psicológica, impedimentos matrimoniais e por doenças genéticas transmissíveis, e, a delonga na criação de uma lei específica, poderá acarretar inúmeros danos ao uso desta técnica, por pessoas que desconhecem as formas corretas de utilização e seu funcionamento para fins de garantir seus direitos.

Destarte, o progresso que vem sendo obtido nos estudos genéticos tem proporcionado, com exatidão considerável, a identificação da ascendência genética

do indivíduo, elemento somado à investigação que se destina ao estabelecimento do vínculo jurídico entre os investigados, genitor e filho, com a imposição das consequências relacionadas a tal situação. Não obstante, a resolução de situações complexas e conflitivas, bem como fatos controversos, nem sempre encontra respaldo juridicamente. E, no que tange à importância do exame de DNA, atualmente inexistem dispositivos legais específicos para disciplinar de forma exaustiva tal matéria.

Desta forma, este tema apresenta grande repercussão na sociedade quando utilizado como ferramenta auxiliar na elucidação de situações complexas envolvendo testes de DNA, a presunção da paternidade e suas consequências jurídicas. Assim, faz-se necessário o esclarecimento de sua potencialidade de aplicação como contribuinte no estabelecimento da relação de filiação e busca de identidade, bem como um maior esclarecimento acadêmico, de forma a possibilitar aos operadores de direito o conhecimento técnico-científico necessário para a interpretação e correta aplicação do direito resultante das consequências jurídicas advindas dos exames de DNA. Além disso, pode-se também fazer uma ressalva quanto aos aspectos éticos, sociais e jurídicos relacionados a esse assunto.

Assim, levando-se em consideração o exposto acima, este trabalho propõe destacar a importância do exame de DNA para o direito civil, apresentando uma interface entre Direito, Medicina e Bioquímica, tomando por base a real possibilidade da identificação paterna e ascendência genética, com altíssimo grau de precisão, através do exame de DNA. Na perspectiva abordada, pode-se ver que este assunto é alvo de inúmeros questionamentos, os quais não se esgotarão neste estudo, requerendo uma constante dinâmica de procedimentos técnicos, teóricos e práticos e uma análise profunda dessas questões como forma de resolução dos conflitos existentes decorrentes da modernização de nossa sociedade.

## **2. A RELAÇÃO DIREITO E CIÊNCIA: A BIOÉTICA E O BIODIREITO**

Atualmente, vem sendo observado o aumento da complexidade da relação do Direito com estudos da Medicina, Bioquímica, Bioética, Filosofia, entre outros ramos especializados, decorrentes de novas situações jurídicas que são ordinariamente apresentadas aos julgadores, e, como tais, levam à necessidade de aplicação do conhecimento e um exame mais detalhado dos resultados das investigações

realizadas nas mais diversas áreas do saber, bem como suas aplicações em seres humanos.

A partir do desenvolvimento de novas técnicas de biologia celular e molecular, bioquímica, biomedicina, engenharia genética, dentre outras, alcançou-se uma verdadeira revolução biotecnológica, o que, conseqüentemente, trouxe diversos problemas ético-jurídicos, no que atine à vida, sexualidade, reprodução humana, filiação, herança genética, uso de material embrionário (p. ex. células-troco), clonagem, transplantes de órgãos e tecidos humanos, transfusão de sangue, mapeamento do genoma humano, entre inúmeros outros. Tal situação traz questionamentos acerca de princípios constitucionalmente garantidos que são colocados à prova, ou ainda, contrapostos.

Nesta toada, nos dizeres de Maria Helena Diniz (2004, p. XXIV):

[...] essa nova faceta criada pela biotecnociência, que interfere na ordem natural das coisas para 'brincar de Deus', surgiu uma vigorosa reação da ética e do direito, fazendo com que o respeito à dignidade da pessoa humana seja o valor-fonte em todas as situações, apontando até onde a manipulação genética da vida pode chegar sem agredir. (DINIZ, 2002, p. XXIV)

Destarte, descobertas científicas trazem questões cruciais para a sociedade, questões essas que têm de ser reguladas juridicamente, ou seja, em consonância com pauta normativa que preservasse valores e princípios fundamentais concernentes à proteção da dignidade humana.

Um fato histórico e social concretizado na pós-modernidade advindo com o desenvolvimento tecno-científico é a submissão do ser humano a técnicas cada vez menos naturais, e, assim, esta progressão acelerada passou a ser objeto de preocupação não apenas dos doutrinadores, filósofos, juristas, mas também dos próprios cientistas, no que diz respeito ao uso desses conhecimentos e das práticas biológicas de investigação, surgindo, então, a Bioética. (DINIZ, 2004).

A Bioética (do grego *bios*: vida; *ethika*: combinação do conhecimento da vida humana com o seu valor) surgiu a partir da tomada de consciência dos cientistas de que necessitavam da garantia de um comportamento moral adequado, estabelecendo-se princípios gerais que abarcam comportamentos morais que são independentes das vicissitudes individuais dos operadores da área científica.

Assim, a Bioética pode ser definida como um dever ético ou deontológico, em que se garante o respeito aos direitos humanos, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (DINIZ, 2004).

Atualmente, a Bioética dita diversas práticas e pesquisas interdisciplinares que visam ao solucionamento das questões que exsurtem com o avanço das tecnologias biomédicas e bioquímicas, atingindo as mais diversas áreas do saber.

A Bioética pode ser dividida em macrobioética e microbioética. Maria Helena Diniz (2004, p. 607-764), explicita a diferença de ambos os vocábulos, vindo a macrobioética a tratar da preservação do meio ambiente, eco desenvolvimento, biopirataria, patenteamento de organismos geneticamente modificados, responsabilidade civil por dano ecológico, entre outros. Enquanto a microbioética trata a ética da vida humana, ou seja, questões relativas à microbioética em seu contexto ético-jurídico: proteção à vida humana, direito ao nascimento, direitos do embrião e do nascituro, maternidade e paternidade responsável, planejamento familiar, esterilização humana artificial, saúde física e mental, transfusão de sangue, transexualidade, transplante de órgãos e tecidos, morte digna, experiência científica em seres humanos, fertilização humana assistida, entre outros.

Neste raciocínio, a fim de garantir a proteção da vida e dos direitos humanos que estejam envolvidos com práticas científicas decorrentes dos avanços biotecnológicos, é que se utilizam os termos Bioética, e conforme será mais bem abordado, o Biodireito.

Portanto, o desenvolvimento científico, tecnológico, biológico, e, principalmente, da engenharia genética, culminou com o surgimento de novas e relevantes questões e relações sociais que necessitam de uma guarida jurídica, surgindo, assim, o Biodireito, cuja finalidade é abarcar todos estes temas, inserindo o homem não em sua individualidade, mas também como um ser humano dotado de características e necessidades que devem ser preservadas.

Assim, o Biodireito é entendido como a positivação de normas bioéticas, ou seja, a positivação jurídica em que são concedidas permissivas legais de comportamentos médicos e científicos, com a consequente aplicação de sanção em virtude de seu descumprimento.

Neste mesmo sentido, o Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito ensina que o Biodireito é o “ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana

face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina”. (ARNAUD, 1999, p. 69).

O Biodireito insere-se nas áreas do Direito Público, relacionando-se com a Bioética, Biotecnologia, Bioquímica e Biomedicina, estando localizado dentro do Direito em sua totalidade, abarcando ensinamentos das mais diversas áreas especializadas do Direito, como Civil, Constitucional, Penal, dentre outras. (SÁ, 2009).

Volnei Garrafa (1998) entende que é necessária a existência de uma proporcionalidade entre a liberdade do cientista pesquisador e a norma jurídica sancionadora imposta, afirmando que nesse processo de criação do Biodireito e sua consequente judicialização da Bioética, as normas elaboradas devem ser positivas, afirmativas, a fim de se evitar que proibições detenham o desenvolvimento, a potencialidade da ciência, possibilitando a vigência de uma legislação que traga sempre mais benefícios aos homens, garantindo-lhes o desenvolvimento de uma vida mais digna, de acordo com suas necessidades e vontades, respeitando as mais variadas culturas e crenças.

Assim, não se olvide que as novas relações advindas dos avanços científicos devem ser filtradas pelo direito, concretizando-se um mínimo ético desejado, ou seja, que seja capaz de apresentar horizontes que atendam à pluralidade axiológica da vida humana.

## 2.1 PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

A partir do advento da Constituição da República de 1988, uma nova ordem jurídica foi instaurada no Brasil, com inúmeras normas constitucionais que, consideradas em conjunto, são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas podiam ser enquadradas em dois tipos normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação de normas. Assim, as normas jurídicas se baseiam em princípios e em regras.

Como estas são espécies de um mesmo gênero, possuem um denominador comum que as aglutinam, ao mesmo tempo em que se diferenciam entre si. Tanto os princípios quanto as regras tem um caráter imperativo - são comandos obrigatórios (mandatórios) - ambos descrevem algo que deve ser. Os princípios são



ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais (DA SILVA, 2005).

Segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004):

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico. (Mello, 2004, p. 451).

Trazendo, então, os princípios constitucionais ou princípios gerais de direito, incluem-se uma série de valores fundamentais, como a vida, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade. Assim, estes são a base principiológica do Biodireito, ou seja, os princípios constitucionais que devem servir de base fundamentadora do Biodireito e da Bioética.

Nossa Constituição não trata especificamente do Biodireito, isto porque todos os princípios constitucionais que fazem referência à preservação e integridade da vida humana estão, inevitavelmente, entrelaçados ao Biodireito, compreendidos dentre os Princípios Fundamentais, como o princípio do respeito à dignidade humana, e dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à saúde. Podemos encontrar também, dentre as normas mais específicas no Título da Ordem Social, questões de saúde, do meio ambiente e a família, à criança e ao idoso (SANTOS, 2001).

Os princípios fundamentais encontram-se no artigo 5º da Constituição de 1988<sup>2</sup>, sendo a inviolabilidade do direito à vida um dos vários direitos e garantias fundamentais do ser humano, tanto individual quanto coletivo. Neste contexto, exsurge o Biodireito como garantidor na inviolabilidade de tal disposição (SANTOS, 2001).

Assim, os princípios do Biodireito abarcam desde o princípio da dignidade da pessoa humana, como da informação prévia, além do consentimento livre e esclarecido, princípio da legalidade, publicidade e privacidade.

---

<sup>2</sup>CF, art. 5º, *caput*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é protegido pela Constituição, por ter nele incluídos direitos de extrema fundamentabilidade, como respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de todos. O amparo pela Constituição deste princípio faz com que ele se torne o suporte da existência dos direitos fundamentais, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Com relação princípio do consentimento livre e esclarecido, este é proveniente da decisão voluntária em que a pessoa plenamente capaz consente em passar pelos trâmites de um tratamento específico, tendo ciência de todos os riscos que possa vir a apresentar (ESTIGARA, 2006; DINIZ, 2009).

O princípio da legalidade, estabelecido como cláusula pétrea pela nossa Constituição, dita que o Estado deve se submeter às leis previamente estabelecidas, sendo que a Constituição correlata em seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, restando claro que o artigo supracitado se destina a duas classes, primeiro seria a Administração Pública e em segundo a população, a qual é submissa à lei.

Nas palavras de Pedro Lenza (2012, pag. 979):

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e, em relação à administração, ela só poderá fazer o que a lei permitir, deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*.

A publicidade também se encontra amparada pela cláusula pétrea e prediz que o dever de informação deve atender a todos os cidadãos. No entanto, o direito ao sigilo, ou princípio da privacidade, garante a preservação de determinadas informações, como os processos que tramitam em segredo de justiça e o sigilo ao trabalho, situações essas em que o sigilo ao preservado não ofende o direito dos cidadãos (MENDES, 2014).

Por fim, o princípio da informação prévia, estando amparado, principalmente pela legislação consumerista, permite que todos recebam informações claras e precisas, uma vez que é tido como um direito fundamental do cidadão (GUIMARÃES, 2002).

Neste contexto, as normas jurídicas de Biodireito, incorporando princípios e valores refletidos pela Bioética, têm como objetivo primordial a proteção da vida humana, passando a compor definitivamente os ordenamentos jurídicos.

## 2.2 BIODIREITO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO

Dentro deste contexto principiológico, em que houve necessidade de centralizar as atenções nas recentes questões que o desenvolvimento científico e tecnológico acarretou na dinamicidade das relações humanas, exsurge a dignidade da pessoa humana como um manto garantidor dos direitos dos cidadãos. E, portanto, evidente que a criação de normas jurídicas expressa essas inquietudes sobre a necessidade de tutelar uma nova relação de equilíbrio entre direitos fundamentais, mormente, entre o direito à vida, integridade física, liberdade de expressão científica e o direito à saúde.

Houve, assim, a evolução dos Direitos Humanos, ante sua independência à vontade humana e universalidade, classificando-se em Gerações, ou Dimensões de direitos humanos, existindo, hoje, direitos de 4ª e até, para determinados autores, direitos de 5ª dimensão. Os direitos de 4ª dimensão referem-se aos direitos ligados ao chamado “Patrimônio Genético”, ligados diretamente à pesquisa genética, cujo surgimento está atrelado à necessidade de se impor um controle à manipulação do genótipo dos seres humanos (MENDES, 2014).

Nesta senda, foi adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) na sua 29.ª sessão, em novembro de 1997 e endossada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 53/152, de 9 de Dezembro de 1998, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, a qual, reconhece que a investigação sobre o genoma humano e suas consequentes aplicações abre amplas perspectivas de progresso ao nível da melhoria da saúde dos indivíduos e da humanidade no seu conjunto, mas sublinha que tal investigação deve respeitar plenamente a dignidade humana, a liberdade e os direitos humanos, bem como a proibição de todas as formas de discriminação com base nas características genéticas.

No Brasil, a Constituição explicita seu caráter personalista estabelecendo no art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes, a inviolabilidade do direito a vida (art. 5º, *caput*), sendo garantida, de modo rígido, por

força do art. 6º, parágrafo 4º, CF, que impede que sejam objeto de emendas constitucionais, os direitos e garantias individuais.

Outros direitos vinculados à área do Biodireito podem ser explicitados, inclusive por força de adesão a acordos internacionais, como estabelece o art. 5º, parágrafos 2º e 3º, CF. No momento, resta acrescentar que o art. 5º, parágrafo 4º, CF estabelece a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, inclusive em relação à eventual descumprimento de norma de direito fundamental, relativa à área do Biodireito.

### **3. EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS EMPREGADAS NA IDENTIFICAÇÃO HUMANA**

#### **3.1 BREVE CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO**

A análise das variações genéticas permitiu uma evolução da genética forense, começando há mais de um século com as descobertas de Karl Landsteiner sobre grupos de polimorfismos do sistema ABO no sangue humano. Mas, para que se possa melhor compreender os importantes passos deste desenvolvimento, é necessário retomar algumas notações históricas da Genética.

Gregor Mendel, em 1865, comunicou à Sociedade de Brünn para o Estudo da Ciência, na antiga Tchecoslováquia, os resultados que obteve com nos seus experimentos com ervilhas, intitulados “Experiências sobre Híbridos de Plantas” que estabelecia regras previsíveis para o processo da hereditariedade (BROWN, 1999).

As conclusões de Mendel foram que, durante o processo reprodutivo, havia a passagem de elementos físicos que controlavam as características hereditárias distintas dos genitores para a prole, elementos estes que foram, posteriormente, chamados de “genes”. O cientista conseguiu demonstrar experimentalmente que essa propagação dos caracteres genéticos se submete às leis de recombinação e de segregação independentes, por meio de proporções estatísticas de mono e polibridismo, que, mais tarde, foram complementadas pelas descobertas de Thomas Morgan, sobre a ligação e permuta intercromossômica, fenômenos conhecidos por *linkage* e *crossing over*, ocorridos durante a mitose e meiose celular (BORGES-OSÓRIO, 2002).

Impende destacar que todas as descobertas de Mendel tiveram seu reconhecimento imediato, em parte por serem de difícil compreensão e em parte

porque a teoria da evolução biológica de Charles Darwin estava em pauta naquela época. Assim, os trabalhos de Mendel foram esquecidos nas bibliotecas européias, vindo a ser reconhecidas em 1900, momento em que Mendel passou a ser o “pai da Genética” (BROWN, 1999).

Batelson, em 1905, propôs a Genética como a ciência da hereditariedade e da variação, no entanto, em 1885, Weissman distinguiu o somatoplasma e germoplasma, classificando as células germinativas, óvulos e espermatozoides, que são responsáveis pela transmissão das características hereditárias dos indivíduos (CALABREZ, 1999).

Partindo destes pressupostos, foi em 1909 que Johansen distinguiu o fenótipo do genótipo, lançando os postulados da Genética que contribuíram para a famosa teoria de Jean Lamarck, que é baseada na herança dos caracteres adquiridos. Assim, o fenótipo foi caracterizado como o conjunto de características estruturais e fisiológicas presentes em um indivíduo singularmente considerado. Enquanto o genótipo foi definido como a configuração genética que possui a informação capaz de produzir as variações no fenótipo quando em contato interativo com os fatores ambientais (BORGES-OSÓRIO, 2002).

Portanto, a Genética, para além de ser definida como uma especialidade da Biologia responsável pelo estudo das leis da transmissão dos caracteres hereditários nos indivíduos, também pode ser entendida como o processo por meio do qual as características de cada indivíduo passam de geração para geração, de uma forma que acarrete em semelhanças de todos os seres vivos com seus ancestrais (ALBANO, 2004).

Nesta senda, com o nascimento da genética, em 1900, descobriu-se que os caracteres hereditários das espécies estavam codificados nos genes que se encontravam nos núcleos das células. No entanto, antes dessa época era comum chamar a relação de parentesco de “relações consangüíneas”, uma vez que se pensava que a hereditariedade se transmitia pelo sangue, porém, é cediço que ela é transmitida pelos genes, unidades hereditárias.

Neste contexto, Karl Landsteiner, em 1900, descobriu que nos glóbulos vermelhos das pessoas existem os antígenos, que são substâncias que formam os tipos sanguíneos, transmitidas aos descendentes. O sangue humano é formado por uma parte líquida, o plasma, e uma sólida, os glóbulos vermelhos, brancos e plaquetas, que estão mergulhados no plasma, assim, quando há retirada do sangue

para exames, ele se coagula e o plasma passa a ser denominado de soro, o que acabou permitindo o descobrimento dos sistemas sanguíneos, o que introduziu os meios científicos precisos no estudo e pesquisa da paternidade na atualidade.

Destarte, os exames de sangue que interessam para o Direito, principalmente, no âmbito da investigação de paternidade, são os que se referem à parte genética do tecido circundante, e a sua transmissão hereditária, sendo que as conclusões dos exames feitos se baseiam no fato de que o tipo sanguíneo de um indivíduo provém dos caracteres existentes no sangue de seus ascendentes, mais precisamente no interior das células, ou seja, nos genes.

### 3.2.OS TESTES TRADICIONAIS UTILIZADOS NA IDENTIFICAÇÃO

#### 3.2.1 Principais sistemas sanguíneos eritrocitários

Conforme mencionado, em 1900, Landsteiner demonstrou que a capacidade do soro sanguíneo de aglutinar ou não as hemácias de seus semelhantes poderia agrupar os seres humanos, e que, tal aglutinação decorria da presença de anticorpos no soro, os quais reagem com os antígenos correspondentes das hemácias. Ademais, observou que o soro de um indivíduo, normalmente, não continha os anticorpos correspondentes aos antígenos de suas próprias hemácias. Tal trabalho, fenomenal para época, lhe valeu o prêmio Nobel, não tendo apenas iniciado os estudos para o emprego científico do sangue como agente terapêutico, mas também fomentou a Imunohematologia (BEIGUELMAN, 1972).

A classificação dos grupos sanguíneos humanos é decorrente, portanto, da capacidade de identificação dos antígenos das hemácias, por meio de testes de aglutinação, e, por outro lado, a análise da distribuição familiar dos diferentes grupos sanguíneos possibilitou interpretar a existência de numerosos antígenos nas hemácias, como decorrentes da ação de genes.

Assim, permitiram-se estudos iniciais de parentesco, por meio do sistema de antígenos eritrocitários conhecido como ABO. Este sistema é, basicamente, constituído por dois antígenos que compõem os quatro grupos sanguíneos encontrados, quer sejam A, B, AB e O.

Foi então que, em 1910, Von Dungen e Hirsfeld demonstraram que o sistema ABO era muito útil na determinação da paternidade com base na herança

de Mendel (RACE; SANGER, 1968). Entretanto, tal sistema não é suficientemente informativo, pois apresenta apenas uma probabilidade de inclusão de paternidade de 13% (SILVER, 1982).

Ato contínuo, em 1927, Landsteiner e Levine descreveram o sistema MN, constituído por dois antígenos, M e N, e que determinam três genótipos MM, MN e NN. Entretanto, em 1939, deu-se outra grande contribuição para o estudo dos sistemas sanguíneos, que foi a descoberta de Levine e Stetson quanto à incompatibilidade materno-fetal, em que se descobriu ser causada por anticorpo imune, decorrente de antígeno eritrocitário fetal, reconhecido como fator Rhesus ou Rh (por Landsteiner e Levine em 1940). No entanto, a complexidade genética deste novo sistema foi desvendada apenas em 1943 por Fisher (RACE; SANGER, 1968).

Neste contexto histórico, introduziram-se, após a segunda Guerra Mundial, os testes antiglobulina, denominados de prova de *Coomb*, em que uma série de sistemas de grupos sanguíneos geneticamente independentes foi descoberta, destacando-se os grupos sanguíneos Kell, Duffy e Kidd, os quais também foram utilizados nos estudos de parentesco, mesmo sendo pouco informativos na determinação, ou seja, na inclusão de paternidade, se empregados individualmente. Entretanto, os sistemas de grupos sanguíneos acabaram tendo um reconhecimento relevante pelo seu valor de exclusão, ou seja, ao serem associados aos sistemas ABO, MN e Rh, tornou-se possível excluir aproximadamente 70% dos indivíduos investigados em exames de paternidade (SILVER, 1982).

### 3.2.2 Sistema sanguíneo leucocitário

A segunda fase da revolução imunogenética, com grandes contribuições à Medicina Forense, ocorreu em 1954, a partir da demonstração da ocorrência de um sistema de histocompatibilidade, conhecido por complexo HLA (*histocompatibility leucocyte antigen*).

O sistema HLA é definido com um conjunto de genes co-dominantes, que estão localizados no cromossomo 6 (seis) dos seres humanos, expressando-se como moléculas de glicoproteínas, encontradas na superfície das células, momento que são conhecidas como antígenos leucocitários humanos, descritos nas seguintes

classes:HLA-A, HLA-B, HLA-DR, HLA-DQ e HLA-DP (JOBIM et al., 1996; JOBIM, JOBIM, BRENNER, 1999).

Para a análise desses antígenos, faz-se necessária a utilização de anticorpos (anti-HLA), que são provenientes do soro humano, possibilitando a determinação da identidade genética, possuindo altos níveis de discriminação, que, dependendo do número de anticorpos utilizados para a tipagem, há uma probabilidade bastante elevada de inclusão na identificação humana, sendo de 90 a 95%, aproximadamente (SILVER, 1982).

Assim, até o início dos anos 80, a avaliação de vínculo familiar era realizada por meio da análise dos antígenos do sistema HLA ou por conjuntos de proteínas polimórficas e sistemas antígenos eritrocitários que, utilizados em associação, proporcionavam elevada probabilidade de inclusão de parentesco. Entretanto, mesmo com alto grau de precisão, para alguns casos, continuavam sendo limitados, tornando-os inconclusivos.

Felizmente, os avanços da Biologia Molecular favoreceram o aperfeiçoamento das técnicas, bem como o desenvolvimento dos testes de identificação, e, com o advento de técnicas moleculares para avaliação das características genéticas dos indivíduos através do DNA, os testes tradicionais foram sendo sistematicamente substituídos, originando a terceira fase da revolução da Medicina Forense.

### 3.30 USO DO DNA NA IDENTIFICAÇÃO HUMANA E VANTAGENS SOBRE OS DEMAIS TESTES

A tipagem molecular do material genético, DNA, foi utilizada oficialmente pela primeira vez, em 1985, para a resolução de um problema de imigração (JEFFREYS;BROOKFIELD; SEMEONOFF, 1985), sendo que, após um ano, Jeffreys empregou esta técnica para identificar o verdadeiro estuprador e assassino de duas vítimas, e, a partir deste caso, conhecido como Enderby (Queen v. Pitchfork), a Criminalística e a Medicina Forense têm empregado a técnica de tipagem molecular de DNA como um método preciso e seguro no esclarecimento de diversos delitos, bem como na identificação humana (MOURA-NETO,1998).



Conforme descrito, a sorologia convencional, sistemas ABO, Rh, MN, HLA, não apresentam o mesmo poder discriminatório do que o DNA, o qual fornece a possibilidade de identificação com grau quase absoluto de certeza (KIRBY, 1990).

As vantagens do exame de DNA sobre as demais técnicas de identificação tradicionais foram trazidas por Weedm e Swamen (1998). A principal diferença reside no fato do DNA poder ser realizado sobre outra fonte de material biológico, além do sangue, como cabelos, saliva sêmen, tecido, urina ou qualquer outro fluido biológico, pode ser analisado para fins de identificação genética.

Outra vantagem muito importante é seu potencial discriminatório, vez que sua sensibilidade é acurada, permitindo uma identificação muito mais precisa. Ademais, devido à molécula de DNA ser resistente às condições extremas, como contato com ácidos, bases, detergentes, podendo ser usados com maior segurança mesmo em amostras expostas às condições ambientais severas.

Por fim, verifica-se a possibilidade de se separar o DNA da célula em análise (espermática, por exemplo) de qualquer outro DNA celular. Ou seja, é possível separar a amostra que está sendo analisado do DNA de outros líquidos corporais, por lise diferencial de membranas, o que permite a individualização da fonte do material analisado, sem que se confunda com os dados de outros materiais contidos no vestígio(DAVIES, 2012).

Destarte, tais vantagens demonstram a superioridade da técnica do DNA frente aos demais recursos disponíveis até o momento, como a sorologia sanguínea, permitindo, com elevado grau de precisão, identificar indivíduos possuidores de uma carga genética única, com exceção dos gêmeos univitelinos, que possuem a mesma carga genética,e serão o cerne da primeira parte desta pesquisa.

## **4. A MOLÉCULA DE DNA**

### **4.1ESTRUTURA E FUNÇÃO DO DNA**

A unidade fundamental da informação nos organismos vivos é o gene. Um gene é definido bioquimicamente como um segmento de DNA (ou, em alguns casos, de RNA) que codifica a informação requerida para a produção de um produto biológico funcional. O produto final usualmente é uma proteína.

O atual entendimento das vias da informação genética surgiu da convergência da genética, física e química na bioquímica moderna. Isso foi resumido pela descoberta da estrutura da dupla hélice do DNA, postulada por James Watson e Francis Crick. A teoria genética contribuiu para o conceito da codificação dos genes, a física permitiu a determinação da estrutura molecular pela análise de difração de raios X, enquanto a química revelou a composição do DNA (LEHNINGER, 2014).

A revolução do entendimento da estrutura do DNA, inevitavelmente suscitou questões sobre a sua função. A própria estrutura dupla hélice do DNA claramente sugeriu como o DNA poderia ser copiado, de forma que a informação que ele contivesse pudesse ser transmitida de uma geração para outra, sendo estes os caracteres hereditários dos indivíduos.

Cada célula de um organismo multicelular geralmente contém o mesmo complemento de material genético. As moléculas de DNA são as maiores macromoléculas nas células, e são, usualmente, empacotadas em estruturas chamadas de cromossomos. A maioria das bactérias e dos vírus possui um único cromossomo, enquanto as células eucarióticas possuem muitos. Um único cromossomo pode carregar milhares de genes, e, juntos, esses genes formam o genoma celular (LEHNINGER, 2014).

A molécula de DNA consiste em duas longas cadeias de polinucleotídeos compostos por quatro tipos de nucleotídeos. Cada uma destas cadeias é conhecida como uma fita de DNA. As duas cadeias estão unidas por pontes de hidrogênio entre as bases de cada nucleotídeo. Os nucleotídeos são compostos por um açúcar de cinco carbonos, uma pentose, denominado desoxirribose (2"deoxi-D-ribose); uma base nitrogenada (heterocíclica) ligada ao carbono 1" da pentose; e um até três grupos fosfato ( $\text{PO}_4^-$ ), ligados ao carbono 5" da pentose. As bases nitrogenadas podem ser purinas, que são a adenina (A) e guanina (G), ou então pirimidinas, que são a citosina (C) e timina (T). As bases se ligam ao carbono 1" da pentose através de uma ligação glicosídica  $\beta$ . Estas letras (A, C, G e T) são também utilizadas nos quatro diferentes nucleotídeos, isto é, as bases ligadas aos grupos açúcar e fosfato. (JOBIM; JOBIM; BRENNER, 1999).

Em termos semelhantes é a explicação de Arruda e Parreira (2000):

O corpo humano tem mais ou menos 100 trilhões de células, cada qual tendo em seu interior um núcleo. No núcleo das células estão contidos os cromossomos humanos, que são em número de 46, sendo 23 provenientes

da mãe e 23 do pai. Nos cromossomos estão os genes, responsáveis pelas instruções da formação morfológica e fisiológica de um ser. Em cada um desses cromossomos existem, aproximadamente, 100 mil genes. Os genes são feitos de ácido desoxirribonucléico (ADN), no formato de um polímero, isto é, uma longa fileira de unidades básicas. Essas unidades são chamadas de nucleotídeos ou bases nucleotídicas, e são de quatro tipos: *adenina (A)*, *timina (T)*, *citossina (C)* e *guanina (G)*. Esses nucleotídeos formam filamentos, e a molécula completa do ADN é constituída de duas fitas paralelas presas uma a outra, formando uma espécie de zíper curvado em espiral, cuja figura é mais conhecida como *dupla-hélice*. Nessas fitas moleculares unidas, a *adenina* sempre se prende com a *timina*, e a *citossina* sempre se emparelha com a *guanina*. Como em uma palavra escrita, em que a ordem das letras forma a palavra, na molécula de ADN a ordem desses quatro elementos determina a informação genética. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p.27).

As duas fitas de polinucleotídeos no DNA de dupla-hélice estão ligadas por pontes de hidrogênio entre as bases nitrogenadas das diferentes fitas. Todas as bases estão, portanto, dentro da hélice, e a cadeia de açúcar e fosfato, do lado externo. Contudo, estas bases não se pareiam aleatoriamente: A sempre se pareia com T e G com C, qual seja, uma base pirimidina sempre se pareia com uma base purina. Além disto, as duas cadeias de açúcar e fosfato se espiralam, de modo a formar a dupla-hélice.

Cada fita da molécula de DNA contém uma sequência de nucleotídeos que é exatamente complementar à sequência da outra fita. Isto é de importância crucial para a replicação do DNA.

Nos animais, o DNA é encontrado abundantemente no núcleo das células compondo os cromossomos, mas também é encontrado nas mitocôndrias. As mitocôndrias são corpúsculos esféricos ou em forma de bastonetes, relacionados com a respiração celular, que aparecem imersos no citoplasma. São encontradas em todas as células de organismos eucariotos aeróbios. A quantidade de mitocôndrias por célula varia em função de suas necessidades energéticas (LEHNINGER, 2014).

Ademais, a quantidade de material genético não é uniforme nos diferentes órgãos e tecidos, existindo uma variação da quantidade de DNA neles.

#### 4.2 TRANSMISSÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA

O DNA ocupa uma posição única e central entre as moléculas biológicas como repositório da informação genética. As sequências nucleotídicas do DNA codificam as estruturas primárias de todos os RNAs e proteínas celulares e, por

meio das enzimas, podem afetar indiretamente a síntese de todos os constituintes celulares. Essa transmissão da informação do DNA para o RNA e as proteínas direciona o tamanho, a forma e a função de todos os seres vivos.

Os grandes avanços biotecnológicos possibilitaram elucidar os três processos principais na utilização celular da informação genética. O primeiro é a replicação do DNA, a cópia do DNA parental para formar as moléculas de DNA filhas com sequências nucleotídicas idênticas. O segundo é a transcrição, processo pelo qual porções da mensagem genética codificadas, no DNA, são copiadas precisamente no RNA. O terceiro é a tradução, no qual a mensagem genética codificada no RNA mensageiro é traduzida nos ribossomos em um polipeptídeo, com uma sequência particular de aminoácidos (LENINGHER, 2014).

As leis fundamentais para a genética atual foram pautadas nos trabalhos de Mendel, e baseiam-se na confirmação de que as informações genéticas podem ser transmitidas. Assim, apresenta-se a primeira lei de Mendel, sendo seu enunciado: “cada caráter é determinado por fatores (genes) que se separam na formação dos gametas, indo um fator do par para cada gameta” (MCKUSICK, 1992).

No que tange à segunda lei de Mendel, conhecida como da segregação independente, enuncia que “os dois membros de um par de genes, os alelos, jamais são encontrados no mesmo gameta, pois se segregam e se distribuem para gametas diferentes, independentemente um do outro”. Desta forma, por este enunciado, quando dois genes que pertencem a duas regiões distintas do genoma são analisados, por exemplo, para fins de identificação humana, a herança de cada uma das regiões é independente, ou seja, cada alelo é herdado de uma região, não possuindo relação com outro alelo de outra região, estando esta situada em qualquer lugar, em cromossomos diferentes ou até no mesmo cromossomo (GRIFFITHS et al., 2000).

Todos os seres humanos possuem 22 pares de cromossomos, além dos cromossomos sexuais, os quais, no sexo masculino, são diferentes entre si, chamados de X e Y, enquanto que no sexo feminino são iguais, do tipo XX.

Em cada um dos pares cromossômicos, um é de origem paterna e outro, materna. Estando o DNA contido nestas estruturas, metade dele também é de origem materna e a outra é de origem paterna.

Assim, a partir dos estudos de James Watson e Francis Crick, que descobriram a molécula de DNA, aliados aos recentes conhecimentos acerca da

estrutura do DNA, permitiram identificar os constituintes químicos dos genes, possibilitando o exame direto desta molécula, podendo-se realizar, com fidedignidade, a diferenciação entre os indivíduos, a partir de seu código genético.

#### 4.3 MÉTODOS DE DETECÇÃO DO DNA

Impende destacar que o exame do DNA não é realizado mediante uma única técnica, posto que existam ao menos cinco modalidades. A primeira é a determinação do DNA por meio de “mini-satélites”, proporções encontradas nos cromossomos, formados por seqüências de vários nucleotídeos, por exemplo, (ATGCGAGCTACTGAGCC)<sub>n</sub>, repetidas em números diferentes em cada indivíduo, dando-lhe uma característica única (SIMAS-FILHO, 1996).

A segunda modalidade é a chamada determinação do DNA através da PCR, (Polymerase Chain Reaction), reação da cadeia da polimerase. A vantagem dessa modalidade é a multiplicação em milhões de vezes do material a ser analisado, por outro lado sua maior desvantagem é a grande possibilidade de contaminação do DNA (SIMAS-FILHO, 1996).

A terceira técnica é um aperfeiçoamento do PCR, em um método denominado de AMPIFLIPS. Este é mais rápido, simples e de mais simplificada interpretação, além dessas vantagens possibilita a análise em quantidades mínimas de qualquer tipo de material biológico (SIMAS-FILHO, 1996).

Outra modalidade, menos eficaz que as anteriores, produzem controle de DNA em determinadas populações humanas, e posteriormente compara os resultados. É um exame preliminar, uma vez que seus resultados são vagos e indeterminados.

### 5. O EXAME DE DNA E O DIREITO CIVIL

#### 5.1 PROCEDIMENTOS TÉCNICOS NAS ANÁLISES DE DNA

Na realização de um teste de DNA, alguns passos básicos são seguidos, independentemente de qual metodologia está sendo aplicada, ou então do tipo de amostra a ser analisada.

Assim, os procedimentos básicos incluem: 1) o isolamento do DNA da amostra que contém DNA de origem desconhecida e, geralmente mais tarde, o

isolamento da amostra, por exemplo, sangue de um indivíduo conhecido; 2) o processamento do DNA para que os resultados do teste possam ser obtidos; 3) a determinação dos resultados do teste ou tipagem de regiões específicas do DNA; e 4) a comparação e interpretação dos resultados dos testes, da amostra de origem biológica desconhecida (amostra investigada) e da amostra de origem conhecida (amostra-referência), para determinar se o indivíduo conhecido está excluído como a fonte do DNA ou está incluído como a possível fonte do DNA encontrado na amostra questionada (BONACCORSO, 2005).

A amostra-referência por excelência utilizada para a tipagem de DNA é o sangue, no entanto, amostras de saliva poderão ser obtidas pelo emprego de *swabs* que deverão ser friccionados na parte interna da boca, da mesma forma, pêlos ou cabelos poderão ser também colhidos como amostras-referência, devendo, para isto, ser arrancados desde a raiz e depositados sobre um papel. É necessário conduzir a coleta de materiais biológicos com bastante prudência, já que é possível a ocorrência de contaminação, e, em que pese a molécula de DNA seja bastante estável bioquimicamente, as técnicas de análise de DNA atuais são extremamente sensíveis (BONACCORSO, 2005).

Nesta toada, um tema frequente e pujante doutrinaria e jurisprudencialmente tem sido o exame de DNA nos casos de investigação de paternidade, e com muito mais ênfase quando, na questão abordada se discute a obrigatoriedade ou não do investigado submeter-se ao exame hematológico para a comprovação da paternidade discutida, vez que é necessária a coleta adequada do material biológico que será colocado em análise. Assim, a verdade que se busca em juízo, deve ser manipulada da forma mais diligente possível, sem exceder as barreiras e os limites do razoável, de modo a não colidir com os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, fundamentalmente assegurados pela nossa Constituição Federal, cerne do Estado Democrático de Direito (BONACCORSO, 2005).

Passo, então, à análise do exame de DNA e suas implicações jurídicas no Direito Civil, mais especificamente no que concerne à investigação da paternidade e seus desdobramentos em situações específicas que serão mais bem delineadas neste estudo.

## 5.2A PROVA DE DNA NO SISTEMA LEGAL

A introdução de novas tecnologias causa preocupação em relação a seu impacto sobre a sociedade. A tecnologia da tipagem do DNA revolucionou as ciências forenses, vindo a abalar as convicções e os critérios utilizados para o estabelecimento da certeza jurídica nas relações de filiação, campo do Direito Civil, e na formulação da culpabilidade, campo do Direito Penal (BONACCORSO, 2002).

As informações advindas desta tecnologia têm, além dos reflexos de ordem jurídica, outros que recaem sobre dados que a maior parte das pessoas reputa como extremamente particular. Disto resulta que a utilização destas informações no sistema legal, principalmente nos processos civis, envolve questões de ordem ética. Possíveis danos a interesses pessoais, custos financeiros e ameaças à liberdade ou à privacidade são somente algumas inquietações tipicamente expressas quando uma nova tecnologia surge no horizonte. A tecnologia da tipagem do DNA potencialmente descobre e traz inumeráveis informações que a maioria das pessoas considera extremamente particulares.

A evolução do Direito Processual Civil, ante a nova ordem constitucional, foi intensa, introduzindo novas técnicas em relação às tutelas jurisdicionais, tornando o processo mais célere, oferecendo opções ao magistrado, para uma rápida solução do litígio, satisfação do direito, via antecipação dos efeitos da tutela, e adoção de providencias de natureza cautelar, estas visando à proteção dos direitos. Resultando, enfim, em verdadeiros instrumentos para a realização do direito material, saindo da seara da expectativa para o do exercício e da satisfatividade e, conseqüentemente, propiciando uma pacificação justa e tempestiva (BONACCORSO, 2005).

Entre os muitos temas atuais e relevantes do Direito Civil (i.e Direito de Família), destaca-se o que envolve algumas questões práticas pertinentes a situações específicas, especialmente no que concerne à aplicabilidade das tutelas satisfativas de urgência e evidência e a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela nas ações investigatórias de paternidade.

Cumprasseverar que, com o apoio científico, a técnica do exame de DNA trouxe uma verdadeira revolução nos meios forenses, referente à prova de paternidade, permitindo um grau elevado de confiabilidade e a certeza no resultado apresentado.

Assim, doutrina e jurisprudência têm-se debruçado sobre a análise do direito à filiação biológica e dos meios de prova do direito do filho ao reconhecimento da paternidade, com o escopo de apresentar soluções que ofereçam tratamento igualitário e justo, conforme preceitua a Constituição Federal e o Código Civil vigentes. Portanto, não se podem desprezar os novos meios de provas que efetivamente facilitem e permitam chegar a novas tutelas, as quais as novas tecnologias oferecem para a materialização e o exercício do direito do investigante.

### 5.3 DNA E A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE

O DNA como afirma Madaleno (2013):

Funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas sua tecnologia é considerada o maior avanço na área judicial desde o advento das impressões digitais, presentes em todos os indivíduos. Cada ser vivo tem uma aparência física que corresponde a uma única composição genética, existindo uma única exceção, a dos gêmeos univitelinos, que possuem, a princípio, 100% de seu DNA igual, de modo que a possibilidade de encontrar duas pessoas geneticamente iguais é de um para seis bilhões, correspondente à atual população do planeta. (MADALENO, 2013, p. 604).

A determinação da paternidade passou a contar com uma certeza praticamente absoluta a partir da utilização do exame de DNA, sendo de suma importância a determinação da paternidade com a máxima confiabilidade e eficiência. Isto porque, nas mais diversas situações da vida contemporânea pode-se ter a necessidade exígua do exame, como por exemplo, casos amigáveis de confirmação de paternidade, disputas legais para determinação de pensão alimentícia, casos médicos de diagnósticos pré-natais e aconselhamento genético, além de inúmeros casos criminais envolvendo estupro, abandono ou troca de crianças.

Conforme explanado alhures, o DNA (ácido desoxirribonucleico) é o material genético que compõe os genes, responsável pelo armazenamento e transmissão das características hereditárias, sendo, portanto, o exame, muito utilizado para fins de determinação da paternidade, sendo o maior avanço do séc. XX na área forense.

Assim, o conjunto de moléculas de DNA compõe os cromossomos, localizados nos núcleos celulares e arranjados aos pares, tendo, a espécie humana 46 cromossomos, sendo a metade de origem materna e a outra metade, paterna, cujas moléculas de DNA são dispostas em sequência única para cada indivíduo.



No que tange ao exame, inicialmente o DNA é extraído das células (do sangue, por exemplo), e então são colocadas sondas radioativas de DNA que ligam as regiões preferenciais, revelados através de filmes de raios X. O aspecto final é o de um sequencia de bandas (faixas) que correspondem a uma impressão digital do DNA para cada indivíduo, sendo que, por meio deste método, torna-se possível, ao selecionar regiões preferenciais do DNA, verificar a sua origem, se materna ou paterna (BONACCORSO, 2005).

Neste raciocínio, no exame de paternidade, são analisados materiais da mãe, do filho e do suposto pai, em que, primeiramente, todas as bandas da mãe, com correspondência no filho são identificadas e marcadas, assim, as bandas restantes tem que ter correspondência com as de origem paterna. Se houver correspondência, considera-se este como verdadeiro pai biológico, sendo inquestionável o resultado obtido.

Até 1988, já havia sido demonstrado que os exames de DNA eram superiores quaisquer outros para determinação de parentesco biológico, não sendo capazes de excluir a paternidade somente nos casos em que irmãos gêmeos homozigotos estavam envolvidos. (ARRUDA; PARREIRA, 2000).

Neste contexto, impende esclarecer que existem critérios que fundamentam logicamente a possibilidade de admissão do método científico como prova judicial, dentre eles a pertinência ao fato que se deseja comprovar, a universalidade dos princípios científicos que servem de premissas para o resultado pretendido, a adequação dos meios de coleta e manuseio do material para que não haja interferência nos resultados dos testes, dentre outros. Assim, se aplicados tais critérios no exame de DNA, facilmente será constatado que o exame é pertinente à grande maioria dos fatos que se procura provar em processos judiciais, e que, além disso, há consenso universal quanto às leis de hereditariedade, leitura de sequências de DNA, capacidade de comparação de duas amostras, etc., bem como a possibilidade de realização dos exames sem interferências. (ARRUDA; PARREIRA, 2000).

#### 5.4 A PRESUNÇÃO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Nas ações de investigação de paternidade, existe uma peculiaridade que merece destaque, em regra geral, de acordo com o art. 373 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, é ônus de o autor provar o fato constitutivo de seu direito, e do réu provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, no entanto, nas investigações de paternidade, tal ônus é de ambas as partes, vez que incube ao autor provar que o investigado é seu pai, por meio de uma investigação, sendo que ao investigado incube provar que não é o pai, desde que não concorde com tal acusação.

O investigado pode então negar a paternidade, ou os fatos que tornariam a paternidade possível. Assim, desde que a prova dependa de conhecimentos técnicos e científicos específicos, se torna necessária a prova pericial. Nesta toada, vez que é impensável que o juiz detenha todo conhecimento científico necessário ao deslinde da causa, e, considerando também que o juiz não pode se eximir de decidir, deve-se recorrer àqueles que possuem capacidade técnica e informação para tanto, de maneira a analisar um fato específico, como, por exemplo, por meio do exame de DNA, cujos resultados possibilitam ao juiz uma avaliação mais completa do caso posto ao seu conhecimento.

O juiz tem um compromisso com a verdade real, sendo que se a prova apresentada não convencê-lo, deve buscá-la por outros meios probatórios, cenário em que as provas técnicas ganham espaço, e, então, o juiz determina que o investigado submeta-se a um exame pericial no intuito de comprovar ou não a relação de parentesco. No entanto, o investigado pode estar impossibilitado ou mesmo não consentir com a realização do exame.

Assim, tal recusa à realização do exame tem sido um tema que tem levando debates médicos-jurídicos com muita ênfase quando abordada a questão de obrigatoriedade ou não do investigado em submeter-se ao exame a fim de comprovar a relação de filiação posta em discussão. Assim, a verdade que se pretende em juízo, seja pelas partes ou pelo magistrado, deve ser sempre perquirida da forma mais ampla possível, com a limitação de não acarretar na colisão com os direitos fundamentais do homem, inerentes à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>3</sup>Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No entanto, as justificativas à negativa de realização do exame podem decorrer de diversos fatores, entre eles convicções religiosas em que não se permite o exame de sangue, ou ainda problemas de saúde diagnosticados que levariam a um quadro de agravamento pela realização do exame, também alguma prova que esteja produzida no processo que acabe por descaracterizar o fato pretense a ser provado, e demais casos que dificultem ou impeçam a realização do exame probatório (CARVALHO, BARIONI, 2006).

A partir da análise das motivações explicitadas acima, relevante se torna uma maior elucidação no que tange à presunção, uma vez que o Direito não pode sofrer as consequências da má-fé do investigado, o qual pode estar se utilizando de estratégias a fim de impedir a apuração da verdade, ou, não sendo esse o caso, o Código Civil pode dar guarida às determinadas situações.

Neste raciocínio, as presunções e indícios são modalidades de prova indireta, em que há a aceitação de um fato pelo resultado de operação mental, independentemente da realização de uma prova concreta (BLIKSTEIN, 2008).

Portanto, a presunção não é exatamente uma prova, e sim, um processo lógico, pelo qual a mente atinge uma verdade legal. Já os indícios são considerados a circunstância conhecida e provada, que, ao demonstrar relação com o fato, passe a autorizar por indução, a conclusão de existência de outras ou outras circunstâncias. (SIMAS FILHO, 2007).

Theodoro Júnior (2006) assim conceitua a presunção legal:

Considera-se presunção legal o mecanismo por meio do qual o ordenamento jurídico estabelece imperativamente a consequência que se deve extrair da comprovada existência de certo fato. Estabelecendo-se, assim, por vontade da lei, a veracidade de um fato não conhecido e não verificado no feito, mas sempre a partir de um dado certo (indício), sobre o qual se assenta a ilação conducente ao juízo de verossimilhança em torno do fato que não se chegou a comprovar diretamente. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p.126).

Nesta senda, os indícios e presunções exsurtem como determinantes nas ações em que se investiga a relação de filiação, e que, juntamente com as demais provas constitutivas do conjunto probatório, perfazem o fundamento da decisão do juiz, ou seja, escorreito afirmar que as provas indiretas possuem força probante se cuidadosamente valoradas pelo juiz.

Ainda, o Código Civil autoriza a presunção pelo juiz da existência de fatos (BRASIL, 2002), conforme dispõe os arts. 231 e 232 do Código Civil:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Complementando, a súmula 301 do STJ preceitua:

Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Desta forma, o investigado, suposto pai, que se negar a realizar o exame de DNA, poderá ter sua paternidade declarada em face daquele que ingressou com a ação de investigação de paternidade, no entanto, tal presunção pode ser desconstituída, admitindo-se prova em sentido contrário.

Esta determinação legal tem por finalidade assegurar que a recusa de uma pessoa de contribuir para o melhor solucionamento do feito, venha a obstar o reconhecimento do direito discutido em juízo.

## 5.5 OS DIREITOS DO MENOR INVESTIGANTE

A nossa Constituição Federal de 1988 realizou uma releitura da instituição familiar, estabelecendo um novo paradigma baseado nos laços familiares, no desenvolvimento e realização do indivíduo no meio familiar, e, principalmente, na solidariedade e preservação da dignidade humana.

No entanto, conflitos de interesses são frequentemente encontrados nas relações familiares, e, o ponto de partida para encontrar os diversos casos que exsurtem a partir desta dogmática jurídica está na Constituição Brasileira, mais especificamente, no paradigma criado no que tange ao Direito de Família.

Neste contexto, os argumentos jurídicos se baseiam nos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da supremacia da Constituição, que vincula o Estado, com todos os seus poderes, e os particulares, nos termos das relações entre eles estabelecidas. Temos também o princípio da aplicação imediata dos

direitos fundamentais, preceituada pela nossa Constituição<sup>4</sup>, portanto, os poderes públicos devem aplicá-lo com a maior eficácia possível.

Assim, emergiram-se como categoria especial os direitos fundamentais, normatizando não apenas as relações entre Estado e indivíduos, mas também entre os particulares, uma vez que um indivíduo é o violador principal dos direitos fundamentais de outro (SARLET, 2007).

Nesta toada, exsurge o princípio da dignidade humana como um dos pilares do estudo dos direitos do menor investigantes no caso da investigação de paternidade, uma vez que, a partir dele, é possível debater acerca do direito à identidade pessoal e integridade psíquica do indivíduo, ou ainda o melhor interesse da criança que tem o direito ao pai como fundamental (MADALENO, 2000).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe novos princípios aplicáveis ao Direito de Família, como a proteção da família, da infância e da adolescência, ou ainda a igualdade dos filhos, transparecendo uma postura do Estado mais preocupado com as relações familiares e os indivíduos que as compõem.

Neste raciocínio, a condição de ser filho biológico e não apenas de ter reconhecimento do fato, de conhecer sua ascendência, origem biológica, é um direito fundamental indisponível, irrenunciável, inegociável, impenhorável, imprescritível, vitalício e intangível do ser humano, uma vez que é parte constituinte de sua dignidade como pessoa humana.

Segundo José Afonso da Silva (1998), esse princípio é dotado de um valor supremo, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida, um princípio constitucional fundamental e geral, não somente da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica, cultural e fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se for fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito.

Ademais, do ponto de vista psíquico e emocional, a questão da paternidade exsurge como relevante, uma vez que, muitas vezes, manifestam-se em casos concretos muito mais transtornos e comprometimento para a integração psíquica da

---

<sup>4</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

pessoa o fato de não possuir o sobrenome paterno do que o fato de não saber quem seja o seu pai (CATTANI, et al., 1998).

Por isso, prevalece à dignidade da pessoa, e esse é, certamente, o espírito que o legislador constitucional inseriu na Constituição, sendo que também se tornou direito de toda criança poder conhecer a sua origem, sua identidade biológica e civil, sua família de sangue (MADALENO, 2000).

É possível, na seara jurídica, através da ação de investigação da paternidade, por meio do exame de DNA, alguém para determinar a filiação, já que a intimidade do pai não é mais forte que o direito do filho de ter assegurado, como consequência da atitude paterna menos digna, o seu direito à cidadania ampla e à própria dignidade pessoal decorrente do reconhecimento que se postula (MARTINS, 2000).

Destarte, o interesse da origem biológica diz respeito ao indivíduo, ao grupo familiar e à sociedade, havendo premência em descobrir a origem biológica, também com a finalidade de prevenção de patologias, carreando a discussão para a seara do interesse público (MORAES, 1997).

Neste contexto, a submissão coercitiva do investigado ao exame tem por finalidade impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique direito de terceiro como ocorre na investigação de paternidade, correspondente à dignidade da pessoa em desenvolvimento, interesse que é tanto público quanto individual (LOBO, 1999).

## 5.6 OS DIREITOS DO INVESTIGADO

No que tange aos direitos do investigado, mais especificamente quanto à condução coercitiva na produção do exame de DNA, Belmiro Pedro Welter (2000) enumera uma série de fundamentos, entre eles, o direito do investigado relacionado à defesa dos direitos fundamentais à liberdade, intimidade, vida privada, intangibilidade física e a não-obrigatoriedade de produção de provas contra si, garantindo, desta forma, os princípios da legalidade e da reserva da Constituição. Isto porque qualquer parte do corpo é indissociável da pessoa, não sendo considerada uma coisa à parte, não sendo possível tratar o corpo ou um elemento dele, como uma coisa, um bem que pode ser colocado à disposição de terceiros ou do Estado.

Ainda, para o autor, apenas seria possível a exigência do exame genético se existisse lei prevendo o procedimento, sendo que a condução coercitiva violaria a paz social. No entanto, tal argumento não deve prevalecer, uma vez que a filiação, justamente pela ausência da prova de DNA, nunca alcança a paz interior do investigante.

Destarte, confrontando-se as razões que enumeram o direito do investigante e do investigado, extreme de dúvidas está à prevalência da guarida ao filho que desconhece sua origem biológica e não pode sofrer nenhum embaraço que obste a realização do exame do DNA, quando ausente outro meio de prova para tal comprovação.

Impende destacar, ainda, que quando o operador de direito se encontra diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, ele opta por um deles, sem a rechaça do outro do sistema, no entanto, no caso dos direitos do investigante e do investigado, não se está diante de um conflito de duas normas infraconstitucionais, ou entre uma norma constitucional e uma infraconstitucional, ou ainda uma norma e um princípio constitucionais, ou duas normas constitucionais, e sim, está diante de um conflito entre dois direitos fundamentais, abarcados pelo mesmo princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana.

O embate tem amparo no atual entendimento esposado pelo ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciado na Súmula nº 301 do STJ<sup>5</sup>, em que possibilitou ao suposto pai o poder de recusar-se à submissão ao exame de DNA, no entanto, tal recusa gera presunção *iuris tantum* da paternidade.

Em conclusão, portanto, contrapondo-se ao direito do suposto pai que se recusa a realizar o exame, esta o filho e o seu direito de identificação da ascendência paterna. A Constituição Federal, em seu art. 227<sup>6</sup>, confere especial proteção às crianças e adolescentes, descrevendo dentre os vários direitos que lhe devem ser assegurados, o direito a convivência familiar e a dignidade, por sua vez, a

---

<sup>5</sup>Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade.(Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425).

<sup>6</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Lei no 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27<sup>7</sup> dispõe sobre o exercício do direito de reconhecimento do estado de filiação, mencionando, inclusive, a ausência de qualquer restrição.

Considerada a relevância dos direitos em conflito, o indigitado pai que se recusa em realizar o exame, injustificadamente, arcará com as consequências de sua omissão, recaindo sobre si a presunção relativa da paternidade que lhe é atribuída e os efeitos dela decorrentes.

A Lei 12.004 de 29 de julho de 2009 alterou recentemente a Lei 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, inserindo o artigo 2º-A e parágrafo único, autenticando a Sumula 301 STJ, de modo a reafirmar as consequências, para o suposto pai, decorrente da recusa a submissão ao exame:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

De certa forma, referida alteração corrobora com o disposto no artigo 339, do Código de Processo Civil<sup>8</sup> e no artigo 232, do Código Civil<sup>9</sup>.

Insta salientar que não basta apenas a recusa de submissão ao exame para que a paternidade seja presumida, faz-se necessário a consideração de todas as demais provas produzidas na ação de investigação de paternidade, apontando para o relacionamento sexual da mãe do investigante e do suposto pai à época da concepção e a honestidade da mulher, no sentido de que a mãe do suposto filho relacionava-se sexualmente apenas com o indigitado pai. A prevalência do direito do filho justifica-se, como anteriormente mencionado, pela relevância dos direitos em conflito. A busca pela origem genética constitui-se direito personalíssimo, intimamente relacionado com a formação da própria história do indivíduo, a começar

---

<sup>7</sup>Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

<sup>8</sup>Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

<sup>9</sup> Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.



por saber quais foram às pessoas que lhe trouxeram à vida, repercutindo no seu desenvolvimento enquanto pessoa, na formação de sua individualidade

## 5.7 OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

A Lei nº 12.004/2009 alterou a Lei 8.560/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, sendo que a ação de investigação de paternidade é uma ação de estado, com natureza declaratória, que visa o reconhecimento do estado de filiação e, se procedente, acaba por esclarecer a origem biológica do indivíduo, apesar de muitas vezes não atender à expectativa do investigante, vez que o mero reconhecimento não gera o estabelecimento de vínculo afetivo entre o infante e o verdadeiro pai.

Se a paternidade for reconhecida, os efeitos podem ser verificados tanto na esfera patrimonial quanto extra patrimonial, demandando a busca de soluções para problemas como nome de família, prestação alimentícia e direito sucessório.

Com o estabelecimento da paternidade biológica decorrem direitos subjetivos do filho que serão exigíveis partir do reconhecimento, sendo que estes direitos têm origem em uma relação de consanguinidade, mas apenas têm início a partir do reconhecimento, sem o qual não há fundamento jurídico (PEREIRA, 2006).

Ademais, tal reconhecimento, para além de efetivar os efeitos paterno-filiais, é um ato declaratório que produz efeitos *extunc*, ou seja, retroagem, mas encontram uma limitação nas relações jurídicas constituídas.

Nesta senda, os efeitos podem ser classificados em patrimoniais e não-patrimoniais, sendo aqueles passíveis de tradução em pecúnia e estes sem mensuração econômica. Assim, como efeitos patrimoniais têm-se o direito aos alimentos e à sucessão, e, como não patrimoniais, surge o direito ao nome.

### 5.7.1 Direitos não-patrimoniais

O nome é constitutivo da personalidade do indivíduo, sendo sua identificação, seu reconhecimento social, essencial, portanto, para a sua individualização. A possibilidade de identificação é dupla, sendo individual (próprio nome) ou familiar (representada pelo patrimônio)

Nesta toada, o direito ao nome está abarcado pelo nosso Código Civil de 2002, em seu art. 16:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Assim, o direito ao nome é decorrente do vínculo estabelecido com a filiação, sendo seu direito adotar o sobrenome paterno, mesmo que o sobrenome materno esteja presente.

Ora, o direito ao nome é uma prerrogativa individual, intimamente ligada ao estado, e, “uma vez estabelecido este, uma vez incorporado o filho à família do genitor que o reconheceu, poderá usar o respectivo patronímico, ainda contra a vontade de todos os membros da família” (PEREIRA, 2006, p.247).

O nome, portanto, também indica a procedência familiar, e, sendo o sujeito reconhecidamente filho de determinado pai, não há óbice para a sua identificação com a família, através do nome. Ainda que o pai, ao registrar seu filho, adote nome diverso do seu, ou não o adote, o nome da família paterna não pode ser negado pelo pai ao filho, sendo um direito imprescritível.

Impende ressaltar, ainda, que diante da proibição constitucional da discriminação dos filhos, devido a sua origem, passa a ser garantido o sobrenome do pai.

Ainda, convém destacar que além da expressa previsão no Código Civil o direito ao nome é tratado na Lei 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos, em que o tratamento dado ao nome merece uma releitura diante da disposição constitucional prevista no art. 5º, inciso da CF, de equiparação, em direitos e obrigações, de homens e mulheres.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

E, conforme dispõe o art. 55 da supracitada lei dos Registros Públicos:

Art. 55: “quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato”.

O artigo estabelece, portanto, um privilégio ao sobrenome paterno, em detrimento do materno, destoando expressamente do que predispõe à Constituição Federal quanto à equiparação de gênero, sendo necessária uma interpretação analógica, em consonância com o que está estabelecido na Constituição Federal.

## 5.7.2 Direitos patrimoniais

### 5.7.2.1 O direito aos alimentos

O direito aos alimentos pode ser entendido como uma forma de manifestação dos direitos da personalidade, atrelado ao direito à vida, isto porque é um dever moral, de consciência, vez que o bem que está aliado a essa obrigação é a vida humana, ou seja, a preservação de uma vida, justificando a imperiosa proteção a ser reservada pelo Direito.

Os alimentos são definidos como o mínimo necessário ao sustento de um indivíduo, sendo juridicamente definidos como “prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)”. (CAHALI, 2006, p.16)

Portanto, sendo direito à vida, é necessária uma estrutura jurídica baseada no interesse social, para garantir a preservação e o desenvolvimento da vida humana, surgindo o interesse do Estado em sua regulamentação (CAHALI, 2006).

O Código Civil vigente preceitua:

Art. 1694: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Neste contexto, a obrigação de prestar alimentos pode ser resultante da lei ou da prática de algum ato ilícito, sendo que, nesta última hipótese, exsurge como uma indenização. Se decorrentes da lei, são classificados como legítimos, surgindo com o matrimônio ou com vínculo de parentesco, sendo, portanto, objeto do Direito de Família, e são os que se reservam particular interesse neste trabalho.

No Direito de Família, a obrigação de prestar alimentos tem respaldo no dever de solidariedade, que tem origem na relação consanguínea e afetiva, estabelecendo obrigações a partir da necessidade daquele que reclama os alimentos e da possibilidade daquele que se obriga a fornecê-los, sejam eles os filhos com relação aos pais, ou os pais com relação aos filhos.

Quando a relação obrigacional de prestar alimentos ocorre dos pais para os filhos, duas ordens distintas são apresentadas, uma delas decorre das relações de parentesco e a outra do poder familiar, sendo esta consubstanciada na obrigação de sustento dos filhos menores, de acordo com o que preceitua a legislação civil:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:  
(...)  
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Neste raciocínio, não se reputa óbice para o dever de sustento dos filhos, a alegação de precariedade da situação financeira dos pais, vez que não é motivo para eximi-lo da obrigação. Em tese, a obrigação findaria com a maioridade do filho, no entanto, não é o que ocorre, vez que, ao alcançar a maioridade, o direito do filho em relação aos alimentos tem uma nova fundamentação, que é o vínculo de parentesco que os une, pautado no dever de solidariedade.

Destarte, como efeito imediato do reconhecimento da paternidade surge o direito do menor aos alimentos, independentemente da situação civil dos genitores. Assim dispõe a Lei 8.560/1992:

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Cumpra-se asseverar, ainda, que tal obrigação é extensiva a todos os ascendentes, e subsidiariamente, aos parentes colaterais, conforme dispõe o Código Civil:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

### 5.7.3 Direito à sucessão

Por meio de uma breve digressão histórica do direito sucessório, pôde-se distinguir o parentesco proveniente da consanguinidade e o civil e ou jurídico, da mesma forma que o parentesco legítimo ou ilegítimo, se decorrente ou não do casamento, assim, filhos nascido fora do matrimônio, sendo ilegítimos quando impossível o casamento ou naturais se não houvesse impedimento, não possuíam direito à herança. Com o passar dos anos e o desenvolvimento de técnicas de análise de filiação, os filhos passaram a ter direito de investigar sua origem, mas os efeitos advindos de tal investigação eram apenas alimentares, estando mais atrelado à morte do pai ou dissolução do casamento, e, assim, devido ao parentesco ser unilateral faziam jus apenas à metade do que os irmãos bilaterais.

Com o advento da Constituição de 1988 e suas profundas alterações no Direito de Família, os filhos devem receber tratamento igualitário, sendo que aqueles advindos de relacionamento extraconjugal ou não, sucede ao pai como herdeiro necessário. Assim, tal igualdade, aliada ao interesse do Estado na proteção à criança e ao adolescente, acabou refletindo no Código Civil de 2002, que em seu art. 1.596, preceitua que não existe possibilidade jurídica de tratamento desigual entre os filhos.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil limita, ademais, a possibilidade de herdar aos parentes de até quarto grau, e salvo a existência de testamento, os demais não terão direitos sucessórios. Portanto, há uma ordem hereditária, a qual privilegia parentes em linha reta, situação em que os mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, primeiramente herdam os descendentes, caso inexistente, os ascendentes, em terceiro lugar o cônjuge e por último os colaterais até o quarto grau, segundo disposto no art. 1.829 da mencionada legislação civil.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens ([art. 1.640, parágrafo único](#)); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Destarte, com a procedência do pedido em uma ação de investigação de paternidade, e, conseqüentemente, estabelecida a filiação entre as partes, não há como excluir os efeitos sucessórias entre eles, conforme preconiza o art.1.829 do Código Civil.

## **6. A PATERNIDADE EM CASO DE INVESTIGADOS GÊMEOS UNIVITELINOS**

### **6.1 A GEMEALIDADE UNIVITELINA**

Os gêmeos se dividem em dois tipos, os monozigóticos e os dizigóticos, sendo aqueles, também chamados de univitelinos ou idênticos, geneticamente iguais, ou seja, com a mesma carga de genes, sendo formados quando um único zigoto, entre 1 a 14 dias após a fecundação, acaba sofrendo um desenvolvimento irregular, originando dois indivíduos que partilham do mesmo patrimônio genético, oriundos, portanto, de uma única célula-ovo (zigoto), enquanto os gêmeos dizigóticos, chamados de bivitelinos ou fraternos, originam-se a partir da fecundação de dois ou mais óvulos por dois ou mais espermatozoides, sendo que no momento da fecundação foram expelidos dois ovócitos, e, sendo ambos fecundados, originam-se dois indivíduos, que não possuem a mesma carga genética, pois provenientes de diferentes zigotos. (BORGES-OSÓRIO E ROBINSON, 2002)

Assim, os gêmeos monozigóticos são sempre do mesmo sexo e portam os mesmos genes. As geneticistas Borges-Osório e Robinson (2002) ainda complementam os conhecimentos sobre a identidade genética dos gêmeos monozigóticos:

Estimando-se que os seres humanos variam em cerca de 1/300pb, devem existir aproximadamente 10 milhões de polimorfismos no nível do DNA, o que torna cada indivíduo um ser geneticamente único – com exceção dos gêmeos MZ, que apresentam as mesmas impressões digitais do DNA. Assim, qualquer variação encontrada no padrão de bandas do DNA de um par de gêmeos indica gemelaridade dizigótica. (BORGES-OSÓRIO; ROBINSON, 2002, p.326).

Em suma, se existe alguma diferença entre os gêmeos univitelinos, essa diferença é fenotípica, e não genotípica. O genótipo refere-se à constituição genética, aos genes ou código genético do indivíduo, enquanto o fenótipo é a interação do genótipo com o meio ambiente, o que acarreta em transformações apresentadas pelos indivíduos, resultando em características distintas, como

morfológicas, comportamentais ou fisiológicas, mas sem apresentar alterações em seu gene, que permanecem inalterados por toda a vida dos gêmeos.

Portanto, geneticamente, os gêmeos univitelinos possuem a mesma impressão genética do DNA, e, conseqüentemente, quando diante de uma ação de investigação de paternidade em que os possíveis investigados são irmãos gêmeos univitelinos, a análise do DNA será absolutamente ineficiente, pois, sendo o código genético deles exatamente idêntico, ambos poderia ser considerado o pai biológico do investigante.

É nesse ponto que se apresenta o cerne deste trabalho: qual a melhor solução a ser proposta quando da indeterminação da paternidade una? Seria a atribuição de dupla paternidade, com a possibilidade de um erro, mas garantindo o melhor interesse da menor? Ou ainda, a melhor solução seria supressão do direito fundamental à filiação? Assim, qual seria o interesse prevalente diante deste conflito de direitos? Desta forma, com a alegação da existência de um irmão gêmeo univitelino, como aplicar o direito objetivo, sobretudo considerando a hipótese da recusa de submeter-se ao exame pelos dois investigados?

Conforme se pode observar, uma vasta gama de questões podem ser colocadas diante de uma situação concreta, e, é na busca de encontrar estas respostas que tem sequência o presente estudo.

## 6.2 IMPLICAÇÕES DA IDENTIDADE GENÉTICA DE GÊMEOS UNIVITELINOS NA PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE

Conforme bem delineado anteriormente, existe uma impossibilidade técnica nas análises disponíveis para reconhecimento da paternidade quando os investigados são gêmeos monozigóticos (idênticos), portadores, portanto, da mesma carga genética, mesmo DNA, e, portanto, ambos os irmãos poderiam ser reconhecidos como os pais biológicos.

A inexistência de relação matrimonial ou do reconhecimento voluntário, ou seja, se ausentes as hipóteses de presunção de paternidade dispostas no art. 1597, ou das hipóteses do art. 1609 da legislação civil vigente, a única alternativa para que se tenha o reconhecimento da filiação, é a partir das ações investigatórias de paternidade, que estabelece o reconhecimento judicial ou forçado.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:  
 I - no registro do nascimento;  
 II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;  
 III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;  
 IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Destarte, conforme explica Diniz (2005), a ação investigatória deverá ser ajuizada contra os possíveis genitores biológicos do infante, com os quais a mãe do investigante manteve relação sexual ou não tenha certeza exata acerca de sua identidade, e, após a ação ser autuada e despachada, os investigados poderão contestar dentro do prazo legal, sendo, então, designada audiência de conciliação na tentativa de um acordo entre as partes, cujo principal objetivo é reconhecimento voluntário da filiação. Entretanto, na maioria dos casos, esse reconhecimento não ocorre, adentrando ao caráter litigioso da demanda.

Em casos comuns, a primeira providência do magistrado seria a solicitação do exame pericial de DNA. No entanto, nesses casos envolvendo gêmeos idênticos, embora se tenha conhecimento científico fundamentado de ser absolutamente ineficaz, talvez o julgador, por não ser obrigado a conhecer as implicações científicas e biológicas da demanda, não tenha o conhecimento necessário para tal, sendo que poderia julgar ser perfeitamente válida a hipótese em que a recusa à submissão ao exame por parte de um dos investigados, geraria a presunção da sua paternidade, de acordo com o que preceitua o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 8.560/92 (alterado pela Lei nº 12.004/09), sendo, esta, então, uma possível solução para o caso. No entanto, pode haver a hipótese de ambos se recusarem a realização do exame, impossibilitando a imposição da paternidade una.

Ato contínuo à submissão do exame pelos investigados, após a juntada dos resultados periciais, o magistrado se depararia com o resultado dos exames



apontando que os dois investigados são os pais genéticos do investigante, e, nesse momento, viria à tona a complexa problemática envolvida no feito.

Nestes casos, o exame apenas seria útil para comprovar se existe a relação de filiação imputada aos investigados, excluindo a possibilidade da criança ter outro pai, que não seja um dos gêmeos.

Nesta senda, diante desta situação inusitada, o magistrado deverá analisar as outras provas presentes nos autos, antes de tomar qualquer decisão. Aliás, mesmo quando há presunção da paternidade, quando da recusa à realização do exame, dispõe a lei que referida presunção deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório, ou seja, em qualquer hipótese, devem ser analisadas pormenorizadamente todas as provas acostadas aos autos e as que o juiz teve contato direto, levando em consideração muito mais do que vínculos genéticos ao realizar a imputação jurídica da paternidade, mas, muito provavelmente, não encontrará uma prova estreme de dúvidas, devendo, então, agir com extrema prudência, muito superior à habitualmente tomada.

No entanto, existe uma lacuna jurisprudencial, bem como de parâmetros legais acerca do tema que acabam repercutindo negativamente quando da necessária tomada de decisão pelo magistrado, e, independentemente do caso, o juiz, estando diante de uma omissão legislativa, não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional pleiteada pelas partes, sendo necessário imputar a paternidade a quem a busca judicialmente.<sup>10</sup>

Ademais, deve-se levar em consideração que não se reputa coerente a atribuição de dupla paternidade a um indivíduo, mas, ao mesmo tempo, não se pode suprimir o direito à filiação, o que estaria em nítida afronta aos princípios elencados na nossa Constituição.

Neste raciocínio, passando-se à análise de possíveis soluções, diante da peculiaridade do caso, uma possível conduta a ser tomada pelo julgador seria o reconhecimento da improcedência do pleito autoral, vez que ausentes provas conclusivas para a tomada de decisão. No entanto, conforme explanado anteriormente, tal hipótese, ferindo os direitos do menor investigante, acarretaria na afronta ao direito constitucional à filiação, e, conseqüentemente, outros direitos dele decorrentes.

---

<sup>10</sup>Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Um importante adendo a se fazer, no que tange à obrigação de prestar alimentos, é a inexistência de óbices na sua imputação, proveniente da certeza acerca da paternidade de um dos investigantes, mas não de qual deles, mas que se conhece estreme de dúvidas a identidade das avós paternos da criança investigante, situação em que, segundo preceitua os arts. 1695 e 1696, a estes poderia ser imputada referida obrigação:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Outra hipótese a ser aventada é se restar comprovada a impotência sexual de um ou de ambos os investigados, o que impossibilitaria a imputação da paternidade, acarretando na possibilidade de julgamento ou pela improcedência do pedido se ambos comprovarem-se inférteis, ou ainda, declarar a ilegitimidade de um dos investigados se apenas um demonstrar referida hipótese, recaiando a responsabilidade sobre o outro investigado.

Há de se considerar, ainda, a possibilidade, diante do caso concreto, da atribuição da paternidade socioafetiva, pois o investigante teria garantido seu direito à filiação, o pai socioafetivo cumpriria as obrigações decorrentes da paternidade e o outro envolvido seria excluído da lide. Dessa forma, restariam garantidos os direitos envolvidos na demanda.

No entanto, se ausentes ou impossíveis as hipóteses anteriores, o magistrado deverá, então, verificaras demais circunstâncias existentes no caso, tendo em vista que poderão existir inúmeras possibilidades na seara desta problemática.

Por fim, impende ressaltar que as soluções apontadas estão longe de exaurir o mérito da questão envolvida, mas são juízos de plausibilidade que podem suprir algumas das complicações que possam decorrer da absoluta ineficácia frente à inespecificidade do exame pericial de DNA na demanda.

### 6.3 ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS

Conforme anteriormente mencionado, a jurisprudência na esfera cível em casos peculiares como de gêmeos univitelinos ainda é bastante restrita, isto ocorre devido, principalmente à contemporaneidade do desenvolvimento e da aplicação jurídica da técnica pericial do DNA.

Assim, a fim de demonstração da problemática em estudo, apresenta-se o caso concreto ocorrido em um processo de investigação de paternidade que tramitou na 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte - MG, em que no acórdão sob nº 1.0024.04.454521-8/001, é possível evidenciar o tema abordado, porquanto os investigados eram gêmeos univitelinos.

Em síntese, inicialmente a demanda havia sido proposta apenas contra um dos investigados, com quem a mãe da parte investigante alegava ter mantido relacionamento amoroso anos antes, e, por inércia do advogado do investigado, o réu foi revel e a ação foi julgada procedente, reconhecido, portanto, o investigado como pai da autora, condenado logo na primeira instância.

Houve apelação ao Tribunal *ad quem*, sendo que os argumentos do apelante basearam-se, preliminarmente, na nulidade da sentença, e, no mérito, que a sua revelia ocorreu por inércia do advogado (comprovada por meio de representação promovida junto à OAB), e, ainda ressaltou a fragilidade das provas constituídas, consistentes em apenas dois depoimentos contraditórios, e, finalmente, a existência de um irmão gêmeo univitelino, imputando a este à suposta paternidade, tendo por fundamento uma declaração prestada por este irmão, sob as penas da lei, que teve um breve relacionamento amoroso com a mãe do infante e que não tinha certeza sobre a sua paternidade com relação à menor. Impende esclarecer que a mãe não tinha prévio conhecimento deste novo relacionamento trazido à luz no processo, apenas havia o prévio conhecimento dos irmãos, que acordaram nos encontros alternados com a jovem mãe.

Fazendo apenas um adendo, observa-se, a partir da detida análise dos autos, que as relações sexuais se davam de maneira ilícita, uma vez que a mulher era ludibriada, pois acreditava estar envolvendo-se com uma pessoa, enquanto na verdade o irmão do investigado, com o consentimento e conhecimento daquele, por ele se passava. Essa conduta permitiria, inclusive, sanções penais, por ser tipificada

no art. 215 do Código Penal.<sup>11</sup>No entanto não é esse o debate proposto neste trabalho.

Neste caso em comento, é relevante o fato da inexistência de outros meios de prova, vez que a prova testemunhal é dificultada pela similaridade física dos dois irmãos, já que a mãe apenas conhecia superficialmente, e supostamente, um dos investigados, não sendo possível ter a certeza com qual manteve relacionamento. Ademais, quaisquer provas em forma de documentos, como cartas e bilhetes, mostrar-se-iam frágeis e insuficientes, pois apontariam apenas para a existência de um relacionamento entre a mãe e o primeiro investigado, no entanto, não demonstrariam a inexistência das relações sexuais ocorridas com o segundo, sobretudo porque ele próprio as confessa, não esclarecendo praticamente nada acerca da paternidade invocada nos autos.

Assim, em grau recursal, a decisão foi anulada, ordenando-se a inclusão do irmão gêmeo univitelino no pólo passivo da relação processual, pois, segundo informações aferidas no acórdão proferido, a mãe da investigante declarou que acreditava durante todo o tempo ter se relacionado com apenas um deles, mas não poderia confirmar, com certeza, diante da alegação, se somente com um deles se estabeleceu o relacionamento, dada a absoluta identidade física dos dois.

Em consulta à movimentação processual atualmente disponível no sítio eletrônico do TJMG, a referida ação foi extinta sem julgamento do mérito, sem publicação do teor do *decisium* em razão do segredo de justiça.

O acórdão que deu origem à anulação da sentença de primeiro grau é assim ementado:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - PROCESSUAL CIVIL - QUESTÃO QUE ENVOLVE DIREITO FUNDAMENTAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - FATO NOVO - ATIPICIDADE CIRCUNSTANCIAL-ELEMENTAR - **SUPOSTOS PAIS - GÊMEOS UNIVITELINOS - IDENTIDADE GENÉTICA - INESPECIFICIDADE DO EXAME DNA** - AMPLA INSTRUÇÃO - IMPRESCINDIBILIDADE - CERCEAMENTO REFLEXO - CARACTERIZAÇÃO - SENTENÇA ANULADA. A interpretação constitucional do direito privado e a principiologia que norteia o direito processual exigem releitura e nova mentalidade dos operadores do direito, já que o processo não é apenas um instrumento técnico-jurídico, mas "um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado". Não se pode admitir que a falta ou insuficiência de instrução adequada do processo conduza a incertezas ou perplexidades como a dos autos. **Nestes, a atipicidade fático-elementar e circunstancial sugere até a iniciativa**

<sup>11</sup> Art. 215: Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude.

probatória do julgador (**CPC, art. 130**), tocante à correta atribuição de paternidade, máxime ante a singularíssima situação em exame (gêmeos univitelinos), onde o DNA sempre dá o mesmo resultado científico, pois tal proceder busca otimizar o princípio da verdade real, que se insere no direito fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana. Devemos, sempre, evitar a paternidade dúbia ou sombreada, quando se puder buscá-la (é o caso) de modo absoluto, indene de dúvidas, pois a dúvida, se equivocada, além de não ser bem recepcionada no meio social, pode ensejar entre os envolvidos (suposto pai e filha) desarmonia, desamor e desafeto, derrogando-se os atributos indispensáveis à verdadeira convivência paterno-filial. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04.454521-8/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, p. 03/04/2007).

Neste contexto, importa trazer à baila as palavras do desembargador Nepomuceno Silva, relator do acórdão que anulou a sentença do juízo *a quo*:

A *exata quaestio* não diz respeito, simplesmente, à incorporação de um suposto genitor no assento do registro de nascimento da apelada. É muito mais que isto! Não pode o Judiciário apegar-se exacerbadamente ao rigorismo procedimental, pena de prestigiara literalidade e o invólucro, em detrimento da essência e do conteúdo, que envolvem direito fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana. Interpretar a lei é buscar o seu real sentido e alcance, mediante adstrição ao contexto científico, social, cultural, econômico, político, histórico e, obviamente, jurídico. **Os textos normativos exigem releitura compartilhada com os valores dos novos tempos e com a hermenêutica constitucional, porquanto a República constituída em Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). A presunção de paternidade, por exemplo, não se prende a ficções, requerendo tratamento jurídico condizente com essa nova realidade, providência que reclama nova ótica da estrutura, base e efeitos das relações paterno-filiais. A natureza da demanda, que envolve atributo imanente à dignidade da pessoa humana, aliada às circunstâncias e elementos dos autos, aconselha, face ao paradigma da conduta social, a anulação do *decisum*, a fim de permitir a ampla, justa e efetiva instrução do feito.** Pois, é absolutamente inaceitável o rigorismo da presunção *pater is est*, vez que 'o aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de certa regra legal, a ponto de negar sentido e valor', pois 'as decisões judiciais deve evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito' (AC 1.0024.04.454521-8/001 – TJMG – 15-3-2007 – Rel. Nepomuceno Silva)

Destarte, é de suma importância ao aplicador do direito, realizar uma releitura jurídica permitindo a constante evolução do conhecimento para ser aplicado em face de questões peculiares que lhe são expostas, derivadas das novas relações sociais e do desenvolvimento técnico e científico contemporâneo, garantindo, assim, os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana, e outros dele decorrentes.

Assim, esta é apenas uma das hipóteses concretas que podem ocorrer em torno dessa problemática envolvendo pais gêmeos idênticos, da qual podem surgir outras inúmeras situações, estando às argumentações sempre relacionadas aos direitos das partes envolvidas, quando se confrontam os direitos do filho e dos supostos pais.

Convém, ainda, transcrever outros casos interessantes envolvendo a presunção da paternidade em casos de gêmeos univitelinos, com suas respectivas soluções.

Dentre eles a Apelação Cível nº 70008921421 do TJRS, assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. A sentença extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Ocorre que o conteúdo material da decisão é mais importante do que a forma pela qual essa decisão foi expressa. Sob essa perspectiva, de se ressaltar que houve, verdadeiramente, um julgamento sobre o mérito da questão. Logo, nada impede que a Corte aprecie agora, em sede de recurso, a integralidade da questão. Os investigados são gêmeos univitelinos, com o mesmo material genético. **O exame de DNA aponta que o pai biológico do investigante é, com certeza, um dos dois investigados, mas não consegue dizer qual deles o é. O restante da prova (depoimentos pessoais, testemunhas e documentos) aponta para o investigado Eduardo, que vai aqui reconhecido como o pai biológico do investigante.** Declarada a paternidade de um dos investigados, impõe-se a fixação de alimentos. O pensionamento vai fixado em 01 salário mínimo mensal, a contar da citação. Precedentes jurisprudenciais. POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70008921421, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 01/07/2004).

Neste acórdão, o investigado Eduardo tem um irmão gêmeo univitelino, o também investigado Jader, razão pela qual a sentença entendeu que a extinção do feito sem julgamento de mérito seria a melhor solução, pois, hoje, a ciência não tem como descobrir, com certeza, qual dos dois é o seu pai biológico. No entanto, deve-se levar em consideração que pode levar anos para que a ciência desenvolva um método para a descoberta da paternidade biológica em casos tais, sendo que o menor não deveria ficar todo esse tempo sem saber quem é seu verdadeiro pai, Ademais, além do exame de DNA, *in casu*, havia outras provas nos autos que, juntamente com o convencimento do magistrado, teriam o condão de apontar qual dos dois investigados é pai biológico do investigante.

No decorrer da instrução processual foi realizada a perícia genética, o exame de DNA, que apontou uma probabilidade equivalente a 99,9% dos dois

investigados serem os pais biológicos do investigante. Logo, ao contrário do que acontece na imensa maioria das ações de investigação de paternidade, não houve possibilidade de se valer do resultado apenas da perícia genética para determinar a paternidade biológica. Portanto, a análise conjunta com as demais provas dos autos foi imprescindível para o deslinde deste caso.

Na hipótese dos autos, entendeu o relator designado, em virtude de o relator originário ter sido vencido em seu voto, que havia provas suficientes nos autos para a declaração da paternidade em favor de um dos irmãos, no caso, Eduardo.

Neste mister, importa carrear trecho do parecer do Ministério Público acerca da questão meritória:

“Precisamos partir de uma base óbvia: a criança tem num dos irmãos o seu pai biológico, pois o exame em DNA não os excluiu da paternidade. Ademais, os gêmeos admitem que mantiveram relações sexuais com a mãe do autor.

Num segundo momento, verificamos que as declarações de Eduardo, em cotejo com a prova dos autos, indicam que esse réu mentiu no processo. Evidentemente, não podemos permitir que alguém seja beneficiado pela própria torpeza. Veja-se que o réu Eduardo, na contestação, negou terminantemente qualquer namoro com a mãe do autor (fls. 17 e 19). Todavia, em seu depoimento pessoal, na fl. 64, admitiu tê-la namorado: Ela namorou o seu irmão, o Jader? Sim. *Em que época? Depois de mim.*

(...) Por isso é que a testemunha Luciana (fl.179), que conhece ambos os requeridos, admite que a mãe do autor engravidou quando estava com o Eduardo (sic); por isso é que Marcelo (fl. 181) sabia que Eduardo era o namorado da mãe do autor e que ia sempre a casa dele (sic); e que achava ser o Eduardo o pai da criança (sic, fl. 181).

O episódio de uma foto, ainda, demonstra mais do que aparece no processo. Veja-se que o autor juntou cópia xerográfica de uma foto 3x4 de Eduardo (fl. 8), constando no verso uma dedicatória. O réu Eduardo, na contestação, não negou que dera à mãe do autor dita foto (fl. 18), embora negando tenha assinado a declaração que nela consta (“ao meu filho com amor”).

(...) Ora, é fácil concluir que Eduardo deu a foto, porque a genitora do autor disse que não iria mais entrar na Justiça; Eduardo deu a foto, porque a genitora do autor queria o amor do pai para a criança (sic). Em suma: a mãe do autor, à época, já ameaçava Eduardo com a Justiça; e Eduardo, em sonhos e pensamentos, admitia, diante de certezas e incertezas, que era o pai da criança.

(...) Agora, a “certeza “da mãe do autor quanto à paternidade não pode ser desconsiderada. Tanto que ela desistiu da demanda anterior contra o irmão univitelino, Jader, confessando que realizou a contagem do período da concepção mal, época em que não mais se encontrava na companhia do ora requerido. Destarte, a mulher não pode ser excluída como fonte de prova idônea de paternidade, porque **ela sabe**, pela própria natureza e pela certeza de maternidade, quem é o pai de seu filho.

Se é verdade que, num futuro, poderá surgir um teste em DNA, para aferir a paternidade entre gêmeos univitelinos, dele deverá beneficiar-se o demandado Eduardo. “Porém, agora, a inexistência desse exame, deve

beneficiar a criança, a quem a Carta Federal de 1988 outorga a Proteção Integral, a absoluta prioridade, o direito ao respeito e à sua dignidade (art. 227, caput da CF).”

Assim, a partir das provas dos autos, restando provado que o demandado Eduardo era visto publicamente como o namorado oficial da mãe do investigante, tendo Eduardo admitido as relações sexuais, em época coincidente com a da concepção, não tendo sido excluído pelo exame em DNA e tendo mentido no processo, tudo isso, contribuiu para que se chegasse à presunção da paternidade.

Ademais, no caso, outra peculiaridade foi determinante para o convencimento do magistrado, quer seja que o co-réu Jader, ao tempo das relações sexuais estava, comprovadamente, com uma DST, sendo obrigado a utilizar preservativos.

Assim, em posse de todas essas evidências, o relator entendeu que a paternidade deveria ser atribuída ao réu Eduardo. Para tanto, fixou os alimentos em 01 salário mínimo mensal, julgando extinto o processo em relação ao co-réu Jader.

Impende destacar que este é o único julgamento em que houve a resolução definitiva do mérito da questão, em que o julgador teve que se utilizar de todos os meios probantes para que chegasse à sua convicção, demonstrando a imprescindibilidade de, em casos tais, se utilizar de outros meios de provas que não unicamente a perícia técnica. Portanto, este caso vai ao encontro do princípio do livre convencimento motivado do magistrado, em que ao julgador compete analisar e valorar as provas dos autos para a construção de seu entendimento, indicando as razões do seu convencimento.<sup>12</sup>

Outro acórdão interessante é o julgado do TJSP nº 9132219-09.2009.8.26.0000, abaixo ementado:

DANOS MORAIS - PLEITO FUNDADO NA ALEGAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO QUANDO DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - MANUTENÇÃO- INEXISTÊNCIA DE ERRO OU CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DOS RÉUS - EXAME NÃO CONCLUSIVO MERCÊ DA DÚVIDA ACERCA DA PATERNIDADE RECAIR EM IRMÃOS GÊMEOS UNIVITELINOS, QUE POSSUEM A MESMA CARGA GENÉTICA - IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA, ADEMAIS, QUE FOI DEVIDAMENTE INFORMADA AO SOLICITANTE DO EXAME - DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS -SENTENÇA MANTIDA - RECURSO

---

<sup>12</sup> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.



IMPROVIDO. (TJSP-APL 9132219-09.2009.8.26.0000/SP, Órgão Julgador 6ª Câmara de Direito Privado, Publicação 11/04/2011, Julgamento 31 de Março de 2011, Relator Sebastião Carlos Garcia).

Neste julgado, o que se discute é a indenização devida à autora pelas clínicas de engenharia genética e análises clínicas, que realizaram o exame pericial de DNA, a título de danos morais, em decorrência da alegação de erro grosseiro quando da realização do referido exame, que levou ao reconhecimento, alegadamente absurdo, de dois pais biológicos, sustentando, para tanto, que a conduta dos réus foi ilícita, pois os procedimentos adotados para realização de exame de DNA a fim de constatar a paternidade de sua filha não foram éticos.

Entretanto, pelo conjunto probatório coligido aos autos, o relator entendeu que restou comprovado que não se cuidou de erro grosseiro, e sim de impossibilidade técnica, na medida em que, como a dúvida acerca da paternidade recaía em irmãos gêmeos idênticos, univitelinos, o exame poderia não ser conclusivo, pois ambos possuem o mesmo material genético. Assim, por mais peculiar e constrangedora que possa ser a situação das partes envolvidas, não há como responsabilizar os réus por eventuais constrangimentos sofridos pela autora, pois estes não agiram de forma negligente, nem imprudente, muito menos imperita. Aliás, pela prova oral produzida, restou comprovado que o solicitante do exame foi informado sobre a possibilidade de o exame não ser conclusivo no sentido de ser ele ou seu irmão, o pai biológico da menor investigante.

Ademais, refutou a alegação de que os réus não agiram eticamente ao não informar à autora que o irmão gêmeo do investigado também participaria do exame, assim como o resultado poderia não ser conclusivo, ressaltando, para tanto, o relator, que tais informações não têm a relevância pretendida, na medida em que estes se limitaram ao exercício de seu mister, e estando as partes presentes ao local, presumiram que a situação era de conhecimento de todas as partes envolvidas, logo entendeu que os réus, sob hipótese alguma, agiram de forma antiética.

Assim, concluiu o relator que “o fato juridicamente relevante é a não demonstração da existência da prática de ato ilícito, ou por qualquer modo, apto a ensejar a violação dos direitos da autora-apelante, de sorte a não estar configurada a ocorrência de danos morais”.

Outro caso interessante, que, embora envolva autores gêmeos univitelinos, foge da questão tema deste estudo, quer seja a presunção da paternidade decorrente da ineficácia do DNA pela similaridade genética dos investigados, mas que é de suma relevância por ser uma consequência direta da evolução das técnicas periciais realizadas anteriormente à descoberta do exame de DNA, indo a caminho da relativização da coisa julgada, decorrente de ação anteriormente julgada e transitada em julgado, que, após o advento das modernas técnicas de DNA, tornaram defasadas e indeterminadas as técnicas aplicadas no caso *sob judice*, que é o RESP 706.987, assim ementado:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 706.987-SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; Relator para acórdão Min. ARI PARGENDLER, 2ª Seção, DJe de 10.10.2008).

Da análise dos autos, infere-se que dois irmãos gêmeos, em data de 1969, ajuizaram ação de investigação de paternidade em face do suposto pai, a qual foi julgada improcedente, com base em provas testemunhais e periciais existentes à época, em que o laudo pericial, naquela época, concluiu, de forma categórica, que os autores não eram filhos do réu.

Anos depois, com o surgimento do exame de DNA e todas as suas consequências no âmbito do direito de família, vez que se permitiu comprovar com eficácia absoluta a presunção da paternidade, os pretensos filhos interpuseram nova ação de investigação de paternidade contra o suposto pai.

Assim, por meio de uma decisão interlocutória, o juiz não acolheu a arguição preliminar de coisa julgada, determinando a realização do exame de DNA. Inconformado, o suposto pai interpôs agravo de instrumento, ao qual não foi dado provimento, consoante a ementa abaixo reproduzida:

“Agravo de Instrumento - Ação de investigação de paternidade - Rejeição de preliminar de coisa julgada material - Anterior ação de investigação de paternidade julgada improcedente, com base em prova testemunhal e pericial - Prova pericial, pelo sistema MN, que não excluía a paternidade - **Avanço da ciência, nos últimos anos, que desvendou a cadeia do DNA humano, permitindo exame, para a determinação ou exclusão da paternidade biológica, com certeza absoluta - Direito dos autores de conhecerem a própria origem, garantido pela Constituição Federal -**

**Direito natural e interesse individual dos autores que se sobrepõem à coisa julgada material** - Inteligência dos arts. 1º, III, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal; do art. 5º, da LICC, e dos arts. 467/472, do Código de Processo Civil - Recurso não provido.”

Contra o supracitado acórdão, o réu interpôs Recurso Especial, alegando divergência jurisprudencial e ofensa ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e aos artigos 267, V e VI e 467, ambos do Código de Processo Civil. E, assim, após detalhada análise das razões trazidas pelo suposto pai, a Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu pela imutabilidade da coisa julgada, na específica hipótese dos autos.

Sabe-se que a improcedência dos pedidos formulados na ação de investigação de paternidade proposta pelos irmãos gêmeos no ano de 1969 não foi calcada na insuficiência de provas, sendo que se esse fosse o caso não se poderia falar que a coisa julgada asseguraria a segurança jurídica, assim, na hipótese ora objugada houve o exame das evidências dos autos, sendo que o resultado do exame de sangue disponível na época (sistema MN) declarou a impossibilidade de o réu ser pai dos autores.

Portanto, essa foi a principal razão pela qual o e. Superior Tribunal de Justiça decidiu pela imutabilidade da coisa julgada, impossibilitando a propositura de nova ação de investigação de paternidade na concretude dos autos.

Nesta senda, é imperioso destacar que o próprio Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, admitiu em seu voto que se na ação anterior não tivesse sido declarada a paternidade devido à míngua de provas, seria possível reabrir a discussão em novos autos, isto porque a “possibilidade dessa nova ação manifestasse quando, à época do ajuizamento da ação primitiva, o exame de DNA ainda não era disponível e a sentença passada em julgado não afastara peremptoriamente a paternidade”.

Destarte, considerando que no julgamento tiveram 4 (quatro) votos favoráveis à relativização e 5 (cinco) contrários, percebe-se que as opiniões foram bastante divergentes, dando azo a discussões futuras, a depender do caso concreto. Ademais, o próprio relator salientou a possibilidade de relativização se houvesse insuficiência probatória. Neste raciocínio, pode-se concluir que essa decisão não significa que o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado a matéria no sentido da impossibilidade de relativização da coisa julgada, porquanto o caso em apreço é dotado de algumas peculiaridades concretas, não podendo ser considerado um

paradigma frente a novos processos que abarquem esse tema e que tenham o condão de relativizar a coisa julgada, de acordo com o que fora apresentado.

Por fim, convém aduzir que existem outros julgados pertinentes ao tema em que gêmeos univitelinos são demandados judicialmente em investigatórias de paternidade<sup>13</sup>, mas que, somado ao fato da necessidade de brevidade de discussão no presente trabalho, estão acobertados pelo sigilo exigido em razão da natureza da demanda, não possuem fácil acesso, e, por tal razão, não serão aqui exarados e detalhadamente analisados.

Destarte, após todo exposto, conclui-se que estas questões merecem uma releitura do Direito, uma profunda reflexão, seguida pelo estudo dos operadores do Direito, frente à quase inexistência de regras explícitas no ordenamento jurídico vigente. Portanto, fica latente a insuficiência da legislação para solucionar todos os novos desafios apresentados pelas constantes transformações sociais e pelo desenvolvimento técnico e científico observado nos últimos anos.

Por óbvio que diante de um quadro interpretativo, baseado apenas em lei positivadas, realmente seria impossível para o ordenamento jurídico prever solução para todos os tipos de conflitos humanos presente e futuros. Mas, não se pode olvidar que ao magistrado, diante do preceito do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não é possível que se abstenha de decidir, devendo, diante de uma omissão da lei fazê-lo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

---

<sup>13</sup>INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. EXAME REALIZADO JUNTO AO IMESC COMPROVOU A PATERNIDADE DO RÉU EM RELAÇÃO AO AUTOR EM 99,9999%. ACORDO ENTRE AS PARTES ESTIPULOU QUE O LAUDO POSITIVO ORIGINARIA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE E PENSÃO ALIMENTÍCIA NO IMPORTE DE UM SALÁRIO MÍNIMO POR MÊS. NOVAÇÃO DA DEMANDA NÃO PODE SOBRESSAIR. EXISTÊNCIA DE IRMÃO GÊMEO UNIVITELINO DO APELANTE SÓ FORA MENCIONADA APÓS A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA, NÃO CONSTANDO DA RESPOSTA DO POLO PASSIVO. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE DEVE SER OBSERVADO. SUBTERFÚGIO DO RÉU NÃO PODE PREVALECER. APELO DESPROVIDO. (TJSP, APL 994092832536 SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Publicação 12/04/2010, Relator Natan Zelinski de Arruda).  
PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. LITISCONSORTE PASSIVO. POSSÍVEIS GENITORES. 1 – Cingindo-se a pretensão inicial à declaração de que o 1º réu seja declarado pai ou, alternativamente, em caso de improcedência do primeiro pedido, que o 2º réu seja declarado pai da autora, configura-se o litisconsórcio passivo alternativo eventual. 2 – Não há óbice legal para o ajuizamento de ação de paternidade contra mais de um réu, quando a genetriz da autora manteve contatos sexuais com mais de uma pessoa durante o período de sua concepção, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e do melhor interesse da criança. 3 – Recurso de Agravo conhecido e provido. (TJDF- AI 149064820088070000 DF 0014906-48.2008.807.0000, **Órgão Julgador** 4ª Turma Cível, **Publicação** 09/03/2009, DJ-e Pág. 76, **Julgamento** 10 de Dezembro de 2008, **Relator** LEILA ARLANCH)

#### 6.4 OS EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM CASO DE GEMEOS UNIVITELINOS

De acordo com os diferentes encaminhamentos que podem ser dados aos casos que serão apresentados ao judiciário no que tange à paternidade em casos de gêmeos univitelinos, os efeitos pessoais e patrimoniais serão distintos. Assim, é possível a análise de algumas hipóteses para delinear os efeitos delas decorrentes.

Uma primeira hipótese seria o reconhecimento da paternidade dupla, em contraposição à paternidade una, que seria a única até então juridicamente possível a freqüentemente buscada. Assim, seria possível o duplo reconhecimento, em razão da identidade genética e inexistência de terceiros com quem a mãe do investigante possa ter tido relacionamento, e, além disso, o DNA comprova a existência de vínculo genético com os dois investigados, portanto, eximi-los de suas responsabilidades seria deixá-los impunes pelos seus atos, bem como desprotegida a criança.

Poderia se pensar acerca da impossibilidade de registro dos nomes dos dois pais, no entanto, devido ao fato dos atos que envolvam registro civil, em que pese serem de ordem pública, podem ceder a partir do reconhecimento do interesse privado, e, assim, a cláusula geral de tutela da pessoa humana poderia autorizar a prevalência do direito individual sobre o público, principalmente porque, neste caso em comento, não se verifica nenhum prejuízo à coletividade o registro duplo.

No que tange ao direito ao nome, como ambos os investigados são da mesma família, apresentando o mesmo sobrenome, bastaria apenas o acréscimo no sobrenome da família paterna a partir do reconhecimento da paternidade.

Quanto ao dever de prestar alimentos, previsto no art. 1694 do Código Civil, a peculiaridade da hipótese apresentada permite identificar duas soluções, dividida em duas partes, sendo uma paterna e outra materna. Assim, poderia ser distribuída a obrigação proporcionalmente entre os dois pais, na medida de sua possibilidade, conforme estabelecido em lei própria, ou, então, ser distribuída entre os dois pais e a mãe, equilibrando-se o dever recíproco existente nas obrigações alimentares.

Não se olvide que ainda poderia acontecer de algum parente, espontaneamente, suprir as necessidades do infante.

A partir do reconhecimento da paternidade, por óbvio que se espera um vínculo de afeto, amor e solidariedade entre as partes, mas, a prática revela-se não ser isso que acontece na grande maioria dos casos, e quem deveria prestar os alimentos geralmente se nega, mesmo diante de necessidades emergenciais, levando a necessidade de adoção de medidas drásticas.

Na esfera dos direitos sucessórios, o filho seria herdeiro dos dois pais, sendo o vínculo parental existente suficiente para se alcançar o direito. Portanto, o filho herdaria de cada um dos seus pais, concorrendo com os demais filhos de cada uma, se existentes. Isto é o que preceitua o art. 1.835 do Código Civil:

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

A situação inversa também merece ser considerada, quer seja os direitos sucessórios dos pais em relação a este filho, ou seja, se o filho ao falecer não deixar descendente, de acordo com o art. 1836 do código Civil:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Esta solução evitaria prejudicar os demais herdeiros, além dos pais, que foram os ensejadores da situação atípica da tripla parentalidade de primeiro grau na linha ascendente, a partir de ato de irresponsabilidade. No entanto, haveria um expresso prejuízo para a mãe, pois a herança seria partilhada igualmente entre os três. Mas, a justificativa se esta fosse a escolha, estaria na intenção do legislador em prover benefícios em prol de ambos, pais e mãe, estabelecendo quinhões iguais, sendo todos pais, no sentido amplo da palavra a igualdade entre eles, e, quanto ao direito sucessório seria alcançada com a divisão igualitária de um terço da herança para cada.

Trazendo essa hipótese para o lado mais psicológico e social do infante, poder-se-ia cogitar em uma exposição a situações constrangedoras ou vexatórias quando tivesse que apresentar sua identificação, ou quando viesse à tona a situação de dupla paternidade, representando ofensa à dignidade do indivíduo.

Outra hipótese que poderia surgir seria a decorrente da impossibilidade de imputação da paternidade devido à identidade genética, não restando caracterizada

estreme de dúvidas quem é o pai verdadeiro. Mas o exame pode identificar o vínculo paterno-filial como positivo, com relação aos dois “pais”, o que garantiria e teria respaldo legal o estabelecimento de vínculo com os avós paternos, que constando o nome deles no registro civil do menor, mas sem a identificação do nome do pai.

Também nesta hipótese, analisando-se o direito sucessório, sendo os avós descendentes e ascendentes uns dos outros o direito de suceder encontraria respaldo na ordem da sucessão estabelecida no art. 1829 do código Civil.

E, por fim, no que tange ao dever alimentar, se os pais são indetermináveis, mas os avós paternos certos, a obrigação alimentar recairia sobre estes, ficando condicionada à propositura de uma ação judicial competente para requerê-los movida pelo menor contra os avós paternos, ressaltando o fato que a determinação de plano da obrigação aos avós não é possível processualmente, por não serem partes do processo inicial de investigação de paternidade frente aos dois supostos pais, ficando então, esta possibilidade condicionada a outra ação judicial. Não se olvide que um inconveniente seria o falecimento dos avós paternos.

Impende ressaltar que o juiz deve acautelar-se durante o processo com o apoio de laudos psicossociais de modo a auxiliá-lo na melhor escolha, visando o melhor interesse da criança, que exsurge como princípio norteador na resolução dessas complexas e peculiares situações.

Uma terceira hipótese seria a do reconhecimento como pai daquele com quem a mãe do menor teve o relacionamento estabelecido, e com o qual acreditava ter se relacionado com exclusividade até o fim do relacionamento, sendo tal situação facilmente comprovada por provas documentais e testemunhais, principalmente se o relacionamento foi dado mediante fraude, ou seja, sem que a mãe soubesse que havia dois irmãos, ou seja, não foi um relacionamento socialmente estabelecido.

Assim, nessa hipótese, deve recair sobre o primeiro investigado a responsabilidade das consequências do ato. Diante da definição do pai, o direito ao sobrenome estaria assegurado, bem como apenas sobre este indivíduo, reconhecido como pai, recairia a obrigação alimentar, decorrente do poder familiar, e entre eles estaria assegurado o direito sucessório nos exatos termos legais.

Outra possibilidade é a mãe ter conhecimento que os dois investigados eram irmãos e por vontade consciente manteve relacionamento com ambos. Nessa hipótese, retorna-se à hipótese segunda, em que a identidade genética não

permitiria o reconhecimento da paternidade, ou primeira, reconhecer-se-ia a dupla paternidade.

Como quarta solução, poderia haver o não reconhecimento de nenhum dos dois como pais, decorrente da míngua de provas capazes de demonstrar a veracidade das alegações apresentadas pelo investigador. Neste caso a ação seria julgada improcedente, não se estabelecendo vínculo de parentesco algum entre o investigado e os investigadores ou entre a família destes últimos.

Por fim, uma solução que exsurge na atualidade, mas que ainda não está disponível no Brasil, é o “Twin Test”, que foi descoberto pelo laboratório EurofinsScientific, em 2013, que anunciou ter desenvolvido o primeiro teste que pode distinguir o DNA de gêmeos monozigóticos, que, até agora, acreditava-se que não podiam ser geneticamente diferenciados.

“Até o momento, a ciência tinha admitido o fato de que gêmeos monozigóticos (...) não poderiam ser geneticamente distintos”, indicou o laboratório francês em um comunicado, chamando de “grande descoberta” este novo teste. (BURKHARD, 2013).

O teste baseia-se na consideração que o genoma humano consiste em um código de três bilhões de letras, e, se o corpo está crescendo, ou um embrião está se desenvolvendo, então todos os três bilhões de letras devem ser copiados. No entanto, durante este processo de cópia no corpo há erros tipográficos acontecendo, ou seja, pequenas mutações.

Até então não havia nenhum teste científico para diferenciar o genoma de gêmeos idênticos em investigações criminais ou em testes de paternidade, e, o novo teste foi possível graças à análise genética de amostras de esperma dos gêmeos monozigóticos e de amostras de sangue do filho de um dos gêmeos.

A análise bioinformática revelou cinco mutações presentes no DNA do pai gêmeo e seu filho, mas que não estavam presentes em seu tio. “Estes resultados confirmam a hipótese de que podem ocorrer mutações genéticas pouco antes ou durante o processo de clivagem do óvulo, algumas mutações que depois aparecem nas células do corpo e do esperma”, explica a Eurofins (BURKHARD, 2013).

Portanto, através de mutações celulares ocorridas ainda no desenvolvimento fetal, foi possível determinar faixas de DNA mutantes em apenas uma das amostras, que possibilitou o reconhecimento da paternidade, vez que, referida mutação foi transmitida ao herdeiro. Esta foi uma grande descoberta científica que pode



acarretar mudanças científicas significativas na seara cível e criminal, contribuindo para a elucidação dos casos até então entendidos como impossíveis. Mas, infelizmente, a técnica ainda não se encontra disponível no Brasil.

## **7. A PATERNIDADE EM CASO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA**

O século XX foi marcado pelo intenso desenvolvimento científico e tecnológico em diversas áreas do conhecimento, e, nesta seara, apresentam-se as técnicas de reprodução humana assistida, que, a partir de um rápido avanço das ciências biológicas, acarretou em intensos debates éticos, morais, religiosos, etc., e, por óbvio, tiveram seus efeitos percebidos no mundo jurídico.

Nesta senda, o presente capítulo tem por escopo a caracterização das técnicas de reprodução humana assistida, que são utilizadas como alternativas à infertilidade, possibilitando a realização do projeto familiar e parental, e, a partir disso, fazer uma análise jurídica das hipóteses que exsurtem destas recentes práticas, com seus reflexos no direito brasileiro, realizando-se uma reflexão acerca da proteção jurídica necessária para abarcar todas as possibilidades, limites e conformações possíveis advindas de sua utilização.

Assim, torna-se necessário analisarem-se os conflitos existentes entre os direitos do nascido do banco de sêmen, relativo ao direito fundamental à vida, e o direito ao anonimato de seu doador, que é direito fundamental à privacidade, nas hipóteses da reprodução humana heteróloga, porquanto ausente assentimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

### **7.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Entende-se por “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, todas as técnicas de reprodução assistida que permitam a geração de uma vida nos casos em que existirem dificuldade ou impossibilidade para a procriação de forma natural, sem que para isso seja necessário o ato sexual, o que ocorre devido à utilização de métodos artificiais, científicos ou técnicos (DIAS, 2007).

Uma preocupação bastante relevante relaciona-se com o fato de o ordenamento jurídico apresentar diversas lacunas, deixando os usuários, em muitos

casos, sem um respaldo quanto aos possíveis efeitos jurídicos decorrentes da utilização destas técnicas.

Willhelm Gonçalves (2013) expõe acerca da insuficiência normativa em relação à reprodução humana assistida:

À medida que foi demonstrada a insuficiência normativa dos arcabouços jurídicos, comprovadamente superados, no tempo e no espaço, o desenvolvimento biomédico desperta, no cenário jurídico, a necessidade de reflexão. Nesta linha, o jurista moderno carregando inúmeras incertezas, reavalia seus modelos normativos pretendendo encontrar, dentro do próprio sistema, dispositivos capazes de suprir as lacunas e propiciar respostas a tantas indagações. (GONÇALVES, 2013, p. 45)

Desta forma, em decorrência da constante evolução e aplicação das técnicas de reprodução humana, torna-se imprescindível aos operadores e aplicadores do direito a releitura e a reavaliação dos modelos normativos vigentes, para que, a partir deles, possam ser encontrados ou interpretados novos dispositivos legais que tenham a capacidade de suprir as lacunas existentes na legislação, possibilitando-se a superação das problemáticas que vem sendo apresentadas.

Assim, a reprodução humana realiza a manipulação de gametas e embriões, a fim de combater a infertilidade e propiciar o nascimento duma vida humana. No entanto, impende ressaltar que tais técnicas de reprodução devem ser utilizadas quando comprovadamente não houver outra forma suprir a infertilidade. Ou seja, é necessário que os centros de procriação artificial se assegurem que, efetivamente, o único tratamento capaz de contornar a infertilidade é a inseminação ou fertilização.

Neste mesmo sentido, a Resolução n. 2121/2015, do Conselho Federal de Medicina, se manifesta em seus princípios gerais:

1 -As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.<sup>14</sup>

As técnicas de procriação assistida podem ser subdivididas em dois grandes grupos: a) Técnicas de fertilização intracorpórea ou *in vivo*; e b) técnicas de fertilização extracorpórea ou *in vitro*. No primeiro grupo, encontram-se a inseminação artificial (IA) e a transferência intratubária de gametas (GIFT). No segundo,

<sup>14</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº2121/2015. **Estabelece as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf). Acesso em: 10 junho 2017.

destacam-se a fertilização *in vitro* com transferência de embriões (FIVETE), a transferência intratubária de embriões (TET), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e a transferência intratubária de zigotos (ZIFT).

Abaixo explanarei brevemente acerca destas técnicas, sem o intuito de exaurir o tema, apenas a fim de esclarecimentos necessários para continuidade deste estudo.

#### 7.1.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial permite que a concepção se dê no próprio corpo da mulher, sem o relacionamento sexual, consistindo no depósito de espermatozoides preparados em laboratório no colo do útero ou no próprio útero (SILVA, 2002).

(O procedimento médico subdivide-se em três etapas, quais sejam: a) Estimulação ovariana; b) Coleta e preparo do sêmen; c) Inseminação. A estimulação ovariana objetiva uma maior produção de folículos ovarianos por ciclo, sendo que, num ciclo menstrual, normalmente, obtém-se apenas um folículo. A segunda etapa é a coleta e o preparo do sêmen, que acontece tanto por meio da masturbação, quanto pela relação sexual, utilizando um preservativo especial. Com isso, há o preparo dos espermatozoides, com o intuito de eliminar substâncias que impedem a sua capacitação e a fertilização, além de substâncias espasmódicas que provoquem a contração na musculatura uterina. A terceira etapa consiste na inseminação que pode ocorrer com um ou mais espermatozoides por ciclo. Depois da inseminação, a mulher permanece em decúbito dorsal horizontal por trinta minutos. (SILVA, 2002; FERNANDES, 2015).

A inseminação artificial pode ser homóloga e heteróloga, e, em síntese, na inseminação artificial homóloga, existe um vínculo jurídico entre o casal, seja pelo casamento ou pela união estável, e por isso será depositado sêmen do marido ou companheiro. De outro lado, na inseminação artificial heteróloga, não há qualquer vínculo jurídico de natureza familiar entre o doador anônimo e quem criará a criança, sendo que pode ser realizado por mulher solteira ou casada, que se vale de sêmen doado por terceiro. A seleção do doador deve considerar o parâmetro do Rh e do grupo sangüíneo, além de observar suas características físicas, as quais devem estar de acordo com as do marido ou companheiro da paciente.

No que tange à seleção de doadores, acima referidos, não há nenhuma previsão legal vigente, exceto a Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que, atendendo a princípios éticos, prevê a garantia de que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.<sup>15</sup>

A inseminação artificial homóloga é indicada nos casos de incompatibilidade entre o muco cervical e o espermatozoide masculino, oligospermia (insuficiência numérica de espermatozoides por mililitro de sêmen), retro ejaculação (retenção de espermatozoides quando da passagem do sêmen pela bexiga), dentre outros fatores que dificultam ou impedem a fertilização do óvulo saudável pelas vias reprodutivas ordinárias. Na modalidade heteróloga, a medida se apresenta como recurso à já citada oligospermia (caso não haja quantidade suficiente sequer para a inseminação homóloga), azoospermia grave (ausência completa de espermatozoides), doenças hereditárias transmissíveis pelo marido, ou incompatibilidades sanguíneas entre o casal, que possam acarretar em complicações à gravidez ou ao feto (FERNANDES, 2015).

Por mais simples que se queira fazer transparecer o procedimento de inseminação artificial pela classe médica e científica, é indiscutível a incidência de fatores psicológicos e médicos, geradores de ansiedades e dúvidas para o casal que resolve submeter-se a tal procedimento em busca de seu projeto parental. Segundo Leite (1995), qualquer que seja a decisão tomada pelo casal, a inseminação é um procedimento complexo.

Mesmo que a forma homóloga não traga objeções éticas e jurídicas como traz a heteróloga, deve-se fazer uma reflexão e avaliar com prudência os avanços técnico-científicos, a fim de chegar até uma ética que considere todas as demais dimensões do homem e permita um progresso sem desvios. (LEITE, 1995).

### 7.1.2 Fertilização in vitro

A fertilização in vitro é um dos métodos mais utilizados de reprodução medicamente assistida, conhecida popularmente como “bebe de proveta”. Assim,

---

<sup>157</sup>- A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

essa fertilização ocorre por meio de transferência embrionária, por isso conhecida pela nomenclatura FIVETE (fecundação *in vitro* e transferência embrionária), permitindo-se que os espermatozoides fecundem os óvulos fora do corpo da mulher, quando não é possível que ocorra no local natural, ou seja, na trompa de falópio.

Este procedimento é feito integralmente em laboratório, local onde são mantidos óvulos e espermatozoides em uma placa de Petri com meio de cultivo (líquido que simula o fluido tubário) e sob o controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outras.<sup>16</sup> Após o acompanhamento das primeiras fases das divisões do embrião, o mesmo é transferido preferencialmente para o útero, onde deverá implantar-se e dar início à gestação.

As etapas da fertilização *in vitro* compreendem, em primeiro lugar, a estimulação ovariana; em segundo, a aspiração folicular; terceiro, a fecundação; quarto, a transferência embrionária; e, quinto, o congelamento dos embriões excedentes.

A estimulação ovariana ocorre por meio de estimulação hormonal, e objetiva o recolhimento do maior número de óvulos de ambos os ovários para serem fecundados, composta de duas etapas, em que a primeira bloqueia as descargas da hipófise da mulher, mediante a aplicação de injeções subcutâneas diárias de agonistas e/ou antagonistas de fatores hipotatâmicos (GnRH). Bloqueada a hipófise, começa a segunda etapa, a qual compreende estimular hormonalmente os ovários da mulher com o auxílio de uma combinação de dois hormônios, que são o Folículo Estimulante (FSH) e o Luteinizante (LH) (ALVARENGA, 2004).

No momento em que a maioria dos folículos alcança o tamanho esperado de 18 a 20 mm, é injetado o hormônio hCG. Essa aspiração é feita através de punção do ovário com uma agulha introduzida na vagina e guiada ao interior dos folículos, mediante visualização ecográfica. Em seguida ao recolhimento, os óvulos são classificados morfolologicamente e guardados na incubadora em placas que contêm meio de cultivo. (ALVARENGA, 2004).

---

<sup>16</sup> RDC Nº 23, DE 27 de Maio de 2011, da Anvisa, conceituou de forma restrita a Fertilização *in vitro* convencional noART. 4º, inc. VII, “como técnica de reprodução humana assistida em que a fertilização do oócito pelo espermatozoide ocorre, de maneira espontânea, em laboratório”. Além disso, art. 38 prevê as exigências das condições ambientais dos laboratórios. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 23, de 27 de Maio de 2011. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 fev.2017.

A amostra de sêmen é obtida por meio da masturbação, sendo processado em laboratório, a fim de que se extraia uma população de espermatozoides móveis, que também são concentrados em meios de cultivo, onde adquirem capacidade para fecundar.<sup>17</sup>

Na terceira etapa, para que aconteça a fecundação, cada óvulo é incubado em um mesmo meio de cultivo com cerca de cinquenta a cem mil espermatozoides previamente preparados em laboratório. A fecundação é constatada através da visualização dos pronúcleos (masculino e feminino) no microscópio, de dezesseis a vinte horas após a co-incubação dos gametas. Se os gametas são normais, a taxa de fecundação é de aproximadamente setenta por cento. (ALVARENGA, 2004).

O procedimento dura em torno de quinze minutos, sendo ambulatorial e sem necessidade de anestesia e baseia-se no depósito dos embriões, utilizando um estreito tubo de plástico chamado cateter no interior da cavidade uterina. Essa implantação do embrião inicia no quinto dia após a fecundação. Quatorze dias depois de realizada a transferência, é possível identificar a ocorrência ou não da gravidez (ALVARENGA, 2004).

A quinta e última etapa da fertilização *in vitro* é o congelamento de embriões, processo denominado de criopreservação ou crio conservação. Consiste, portanto, “no método de congelamento para preservação de células germinativas, tecidos germinativos e pré-embriões.”<sup>18</sup>. Este processo gera os denominados embriões excedentários, ou seja, quando acontece a fecundação de um número maior de gametas ao que se deseja implantar no corpo da paciente.

Na FIVETE, da mesma forma, considerando a proveniência dos gametas masculinos e femininos, pode-se falar em fertilização homóloga e fertilização heteróloga. No que tange à fertilização heteróloga, há que se mencionar tanto a doação do óvulo e/ou do espermatozoide, quanto do embrião. Ademais, subsiste

---

<sup>17</sup>RDC Nº 23, de 27 de Maio de 2011, da Anvisa, resume em que consiste o processamento do sêmen no art. 4º, inc. XII”, da seguinte forma: “conjunto de técnicas laboratoriais com fins de preparo prévio a criopreservação ou para seleção e separação dos espermatozoides em técnicas de reprodução humana assistida”. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 23, de 27 de maio de 2017. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2017..

<sup>18</sup>Conforme a RDC Nº 23, de 27 de Maio de 2011, da Anvisa, a criopreservação consiste “no método de congelamento para preservação de células germinativas, tecidos germinativos e pré-embriões”. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada n. 23, de 27 de maio de 2017. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

outra discussão de extrema complexidade envolvendo a possibilidade de uso da chamada mãe de substituição ou mãe de aluguel, a qual é buscada na hipótese de existir a causa de infertilidade associada à dificuldade de gestação como, por exemplo, quando ocorre má-formação uterina (SILVA, 2002).

#### 7.1.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A transferência de gametas possui três modalidades: a transferência intratubária de gametas (GIFT); a intrabdominal e a intra-uterina (FERNANDES, 2015). A modalidade mais comum dentre as três é a transferência intratubária de gametas (GIFT), como alternativa à FIVETE (SILVA, 2002). O procedimento compreende a captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e o espermatozoide do homem, colocando-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das trompas de falópio, lugar onde ocorre naturalmente a fertilização (WELTER, 2003).

Esta técnica difere da fertilização *in vitro* por permitir que a fecundação ocorra dentro do corpo da mulher. Consequentemente é uma técnica de procriação artificial *in vivo*. No que se refere à estimulação da ovulação e à coleta e preparação do espermatozoide, utilizam-se os mesmos procedimentos da fertilização *in vitro*.

Essa técnica é recomendada para casos de infertilidade idiopática ou inexplicada, que é aquela que os médicos não conseguiram encontrar nenhum problema associado com os sistemas reprodutores do homem e da mulher, sendo preciso que a mulher tenha morfológica e funcionalmente, ao menos, uma trompa de falópio na íntegra (FERNANDES, 2015).

#### 7.1.4 Transferência intratubária de zigotos (ZIFT)

A transferência intratubária de zigotos, ou transferência de zigotos nas trompas de Falópio, é uma técnica que conjuga dois dos métodos anteriormente estudados, GIFT e fertilização *in vitro*. Destarte, por essa técnica, o encontro entre o óvulo e o espermatozoide é feito fora do corpo da mulher e então se aguarda cerca de dezoito horas após a fecundação *in vitro*, quando já existe a possibilidade de se

constatar a presença de pró-núcleos (*pronuclearstage transfer* – PROST) (WELTER, 2002).

Possui as mesmas indicações nos casos de esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.

#### 7.1.5 injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

A injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) permite fecundar um óvulo com o espermatozoide obtido do sêmen, ou extraído cirurgicamente do epidídimo – canal que se encontra na saída do testículo, que transporta os espermatozoides para o exterior – ou diretamente do testículo. (ALVARENGA, 2004). É um procedimento muito mais técnico, no qual um espermatozoide é isolado e colocado diretamente no citoplasma do óvulo. As etapas são as mesmas da fertilização *in vitro*, sendo que a diferença está na inseminação dos óvulos da ICSI.

#### 7.1.6 Transferência intratubária de óvulos (TOT)

A “*Tubal Ovum Transfer*” é uma medida indicada para resolver casos em que alguma obstrução impede a ligação entre os ovários e as trompas de Falópio. Por intermédio de uma cânula cirúrgica, realiza-se uma transferência do óvulo já maduro para a região da trompa de falópio. Nestes casos, a fecundação pode ocorrer de três maneiras: *in vitro*, pela GIFT – anteriormente à implantação, o óvulo é alocado em cateter juntamente com o esperma– ou pela FREDI, em que, em um primeiro momento, serão introduzidos apenas os óvulos na cavidade da trompa de Falópio e, quando maduros estiverem, serão introduzidos espermatozoides para que a fecundação ocorra *in vivo*. (SCARPARO, 2008).

#### 7.1.7 Inseminação vaginal intratubária (VITI)

Esta técnica encontra-se em fase de experimentação e consiste na inserção de cateter pela via transvaginal – acompanhada e orientada por uma ecografia – com o objetivo do implante de espermatozoides ou embriões, no terço proximal da



trompa de Falópio. Trata-se de intervenção que, adequadamente desenvolvida, poderá atuar como via alternativa à laparoscopia nos procedimentos de inseminação artificial e implantação de zigotos fertilizados *in vitro*, podendo representar redução de custos, riscos e sequelas para a gestante e para o zigoto. Entretanto, seu procedimento não é simples, exigindo enorme perícia em sua preparação e execução, sobretudo por parte daquele que operará o cateter (SCARPARO, 2008).

#### 7.1.8 Gestação por substituição

Também denominada maternidade de substituição, cessão de útero, maternidade de aluguel ou por sub-rogação, a técnica envolve uma terceira mulher, portadora do feto durante a gestação, que é também denominada mãe interina, de aluguel, por comissão, que abrigará a criança em seu ventre durante o período gestacional – ou seja, manterá gravidez em favor de outra, diante de sua impossibilidade para tanto – e, logo após o nascimento, entregará o filho à interessada, “renunciando a gestante, em favor dela, todos os direitos relativos à maternidade” (MEIRELLES, 1998, p. 125).

#### 7.1.9 Demais técnicas

Além das técnicas de reprodução humana assistida acima enumeradas, podem-se citar outros mecanismos de procriação artificial mais modernos (FERNANDES, 2015). Dentre os últimos avanços da medicina nessa área, destacam-se os seguintes: *in vitro maturation* (IVM); troca de citoplasma; criação artificial de óvulos; transplante de núcleo; e o congelamento de tecido ovariano.

Impende destacar que tanto a inseminação artificial como a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga. Na homóloga o material genético utilizado é do próprio casal que busca a técnica para concretizar sua vontade de serem pais, diante da impossibilidade de obtenção natural. Sendo homóloga, o estabelecimento da paternidade e da maternidade, pauta-se na origem genética, decorrendo dos laços de consanguinidade.

No entanto, no que tange à modalidade heteróloga, que ocorre quando se utiliza material genético de terceira pessoa, estranha ao projeto parental, podendo

se apresentar de três formas: (i) reprodução heteróloga unilateral *a patre* (quando o terceiro é doador de gameta masculino, o espermatozoide); (ii) reprodução heteróloga unilateral *a matre* (quando a terceira pessoa é doadora do gameta feminino, o óvulo, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e (iii) reprodução heteróloga bilateral (quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozoide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e posteriormente sendo transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado). Tal técnica de reprodução é a que nos apresenta maior interesse por envolver implicações jurídicas próprias, que necessitam de uma melhor análise a fim de estabelecer critérios para sua utilização.

## 7.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA

A reprodução artificial homóloga não apresenta problemas jurídicos decorrentes da sua utilização, devido à maneira pela qual o procedimento é realizado, cujo fornecimento de gametas são provenientes dos próprios interessados no instituto da filiação e não obtém êxito pelo método tradicional.

De acordo com Veloso (1992):

Quando o óvulo da mulher recebe o espermatozoide do próprio marido ou companheiro, dá-se a inseminação homóloga, ou fecundação homóloga. Esta espécie não enseja problemas jurídicos, já que o material genético utilizado é do próprio casal. (VELOSO, 1992, p. 150).

Destarte, é pressuposto que exista vínculo jurídico de natureza familiar, ou seja, casamento ou união estável, sendo introduzido no organismo da mulher o sêmen de seu marido ou companheiro. A possibilidade de gravidez, neste caso, se dá por dois parâmetros fundamentais: o sêmen adequado para a fertilização e a anatomia pélvica que assegure a integridade funcional das trompas de falópio (SILVA, 2002).

De acordo com o disposto em nossa legislação civil, no que tange à fecundação artificial homóloga, o Código civil dispõe em seu artigo 1597, inciso III:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
[...]  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Segundo Paulo Lôbo (2009, p. 201): “A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida na cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges”.

Assim, sinteticamente, a referida técnica se caracteriza, primeiramente, pelo fato de haver entre o homem e a mulher vínculo jurídico de natureza familiar, sendo que sua utilização poderá ocorrer em decorrência da impossibilidade ou deficiência de um ou de ambos.

No entanto, como tal modelo de reprodução não apresenta implicações jurídicas no que concerne ao tema abordado, não será alvo de maiores reflexões.

### 7.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

A reprodução assistida heteróloga pode de se dar por inseminação artificial e pela fertilização *in vitro*, sendo que, em ambos os casos, utiliza-se material genético cedido por doador anônimo. A rigor, não há diferenças significantes, em termos éticos e jurídicos, entre o que se denomina inseminação artificial heteróloga (realizada a partir de sêmen de doador anônimo) e fertilização *in vitro* heteróloga unilateral, realizada a partir de gameta doado por terceiro anônimo.

A reprodução heteróloga, dentre as técnicas de reprodução humana assistida, é a que provoca maior polêmica e controvérsias acerca de sua utilização, trazendo inúmeras indagações jurídicas quanto à filiação, como o anonimato do doador e o direito à identidade genética da pessoa nascida através da utilização dessas técnicas.

O Código Civil de 2002 contempla um dispositivo que se mostra relevante na análise da determinação da paternidade-maternidade nas técnicas de procriação heteróloga, o artigo 1.593, que determina que o parentesco é natural ou civil, conforme decorra da consanguinidade ou *outra origem*. Hodiernamente, deve-se entender como espécies do gênero de parentesco civil os decorrentes da adoção e da reprodução assistida heteróloga.

No procedimento de inseminação heteróloga resguardada pelo sigilo, não se faz possível o estabelecimento de qualquer vínculo, comunhão de afeto ou interesses entre doador e beneficiários. Além disso, o consentimento do outro

cônjuge é requisito indispensável à sua realização e a sua participação direta em todas as fases do procedimento é altamente recomendada, pois se trata do seu próprio projeto parental.

A legislação civil prevê, em seu art. 1.597, inciso V, como critério de estabelecimento da parentalidade-filiação decorrente de procriação assistida heteróloga não o vínculo biológico, e sim o afetivo:

Art. 1597: se presumem concebidos na constância do casamento os filhos:  
[...]  
V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 51), “à vontade acoplada à existência do convívio conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade”.

No Código Civil, em razão do princípio da verdade biológica, pode a paternidade ser contestada, conforme estabelecido no seu artigo 1.601 que: “*cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível*”, conferindo-se aos herdeiros, falecendo o titular no curso da ação, o direito de dar-lhe seguimento. Porém, falecendo sem que haja lançado mão de seu direito, carecem os herdeiros de legitimidade *adcausam* para propô-la.

No entanto, impende ressaltar que a paternidade se torna certa a partir do momento em que há a vontade manifestadamente expressa pelo cônjuge, e, assim, tornando-se impossível a sua impugnação. Neste contexto, importante trazer o Enunciado n. 258 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual determina:

258 – Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Nesse sentido, é importante citar o Enunciado n. 104, aprovado na I Jornada do Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

104- Artigo 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Com relação ao companheiro, deve ser empregado o mesmo raciocínio, no entanto, necessário se faz ressaltar que, neste caso, há necessidade do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade, segundo art. 1607 do Código Civil<sup>19</sup>.

Portanto, o vínculo de filiação, uma vez formado, não mais será objeto de contestação ou de impugnação e imporá, aos que externarem de forma livre e esclarecida o seu consentimento, os direitos e obrigações relativos à filiação. Porém, necessário esclarecer que poderá ser contestado quando provar que o seu consentimento foi externado sob fraude, erro ou coação.

Destarte, na inseminação artificial heteróloga, o homem ao consentir na inseminação de sua esposa assume a paternidade da criança, salvo situações de anulabilidade mencionadas. Assim, o marido que consente sem quaisquer vícios com a inseminação heteróloga, não poderá negar a paternidade da criança, pois de acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 371): “A anuência do mesmo é prova irrefutável de que deseja o filho, e, portanto, não mais milita em seu favor tal recurso”,

Quando a reprodução assistida for realizada fora do casamento, ou seja, quando a mulher recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família mono parental, não será possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação, pois, enquanto não exista lei específica, cabe utilizar a analogia em relação ao instituto da adoção.

É importante mencionar ainda que o Código Civil ao mencionar a inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V), leva à presunção de que o legislador teve a intenção de referir-se também à fecundação *in vitro* heteróloga, causando certa confusão, pois se tratam de técnicas diferentes, e, dessa forma, tal redação pode levar ao entendimento de que esta técnica não foi englobada nos casos do

---

<sup>19</sup> Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

referido artigo, ou que simplesmente, por serem técnicas recentes e similares, houve um engano do legislador. Caso se entenda pelo engano, poderia ser aplicado analogicamente o inciso V, do art.1.597 do NCC, que trata da inseminação heteróloga, à fecundação heteróloga, já que são casos análogos. Neste caso, o marido consentindo com a fecundação, considera-se determinada a filiação jurídica e afetiva.

No que tange à maternidade, o princípio regente era o de que a mãe é sempre certa (*mater semper certa est*), no entanto com o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, houve um profundo abalo, vez que a mãe pode ser a que gesta o próprio filho, a que forneceu o óvulo para fecundação ou inseminação, ou ainda a que recebeu um óvulo para gestar. Assim, hoje é possível a maternidade sob três aspectos: biológico, gestacional e afetivo.

Por óbvio que se a própria mãe é doadora do óvulo inseminado com sêmen de seu marido ou de terceiro, e ela própria o gestar, há coincidência dos elementos genético, socioafetivo e gestacional, portanto, ela é a única mãe possível da criança.

No entanto, esta questão apresenta dificuldades quando a mãe gestante for diferente da mãe biológica ou da mãe socioafetiva, como nos casos de doação de óvulos ou embriões na fertilização heteróloga e de sub-rogação de útero. Assim, infere-se que as situações que impõem conflitos são as decorrentes da fecundação *in vitro* na sua forma heteróloga, visto que a filiação não corresponderá à verdade biológica.

Neste contexto, as situações decorrentes do emprego desta técnica são: a) doação de óvulos, situação em que a criança nasce após a fecundação *in vitro* pelo esperma do marido em um óvulo doado e implantado no útero da mulher; b) doação de embrião, em que ocorre a fecundação *in vitro* de óvulos e espermatozoides doados ao casal, e o embrião resultante é colocado no útero. Nestes casos, o que se questiona é a maternidade (SILVA, 2006).

Assim, a fertilização *in vitro* heteróloga, realizada mediante emprego de espermatozoide **ou** óvulo doado por terceiro, espermatozoide **e** óvulo doados por terceiro ou, ainda, pela implantação, no útero da esposa interessada, de embrião excedentário de casal doador, a ascendência biológica recairá sobre apenas um dos cônjuges (caso seja empregado apenas um gameta advindo de doação), ou sobre nenhum deles (quando ambos os gametas tenham sido doados, ou nos casos de doação de embriões) (PAGANINI, 2011).

A nossa legislação pátria consagra a maternidade pela gestação e parto, considerando que a mulher que dá a luz é necessariamente aquela que forneceu o óvulo. No entanto, essa premissa não mais corresponde às vicissitudes atuais, já que o filho pode biologicamente não ser seu. Nesta senda, a gestação, e principalmente a afetividade serão as determinantes da maternidade.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite (1995):

No direito atual, como é desejo do casal a quem foi feita a doação, e de acordo com a vontade da doadora do óvulo, a mãe é aquela que gera a criança, porque é ela que tem o parto, é ela que dá a luz. Nascida a criança, o registro de nascimento prova a filiação legítima. (LEITE, 1995, p. 455).

Assim, de acordo com a doutrina, no caso de doação de óvulo, a doadora não poderá reivindicar a maternidade, isto devido ao sigilo exigido pelos laboratórios, bem como porque, no momento da doação, renunciou a maternidade voluntariamente. Portanto, na ausência de legislação que regule a questão, a filiação, aqui, é determinada pela afetividade, já que a filiação deixou de ser exclusivamente biológica.

No caso da doação de embriões, o embrião é geneticamente do casal doador de gametas, no entanto, a gestação completa e o parto, além da afetividade, como ocorre em relação à doação de óvulos, determinam a maternidade em favor da mãe gestacional, vez que os doadores abriram mão da paternidade e maternidade ao ceder os embriões.

Portanto, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, uma vez que é detentora do direito constitucional ao planejamento familiar, e restou demonstrada sua vontade externada à maternidade (FERNANDES, 2000).

Das explanações expostas neste tópico, pode-se concluir que a vontade na reprodução artificial humana heteróloga substitui a relação sexual presente na reprodução natural, fazendo com que a verdade afetiva (desejo de efetivação de um projeto parental fundado em amor e esperança sobre o filho que há de nascer) prevaleça sobre a verdade biológica (descendência genética, parcial ou total, de terceiros, protegidos pelo anonimato em razão do caráter altruísta da cessão de material genético), determinando a paternidade/maternidade daquele integrante do casal que não contribui com seus gametas.

## 7.4 FILIAÇÃO

A acentuada evolução dos modelos familiares alterou significativamente o instituto jurídico da paternidade, da maternidade e da filiação, oportunidade em que as discriminações entre filhos legítimos e ilegítimos foram superadas, abrindo espaço para a igualdade entre os filhos, segundo dispõe o art. 227, § 6º da Constituição (LIRA, 1997).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ademais, em consonância com o disposto constitucionalmente, nossa legislação civil também preceitua, em seu artigo 1.596:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, a submissão da presunção da paternidade à filtragem constitucional sua insustentabilidade diante dos princípios que contemplam a igualdade na filiação, vedando qualquer sorte de discriminação.

Portanto, a partir da promulgação da Constituição Federal, seguido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e pelo Código Civil de 2002, tem-se início uma regulação baseada nos princípios da igualdade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, e, principalmente, no dever de observância aos seus interesses, garantindo-lhes proteção jurídica (LOBO, 2009).

Estas alterações no estatuto jurídico da paternidade, cumulada com o desenvolvimento de técnicas de reprodução humana e técnicas de averiguação da ascendência genética, culminaram com a necessidade de construção de perspectivas jurídicas novas, capazes de fornecer o respaldo aclamado, quer seja, a origem da filiação, a fim de garantir estabilidade nas novas relações jurídicas



decorrentes dos novos estados de filiação e paternidade, calcados pelos princípios da igualdade, solidariedade, melhor interesse da criança e direito à convivência familiar (FACHIN, 2005).

No entanto, de acordo com o explanado alhures, com o desenvolvimento das técnicas científicas de investigação de paternidade, houve uma crença de que as questões envolvendo vínculo de paternidade estariam resolvidas única e indubitavelmente pelo vínculo biológico, o que não é correto, vez que, com o aumento da complexidade dos novos arranjos sociais, potencializado a partir do surgimento e desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, houve a percepção da insuficiência deste critério unicamente biológico na determinação das relações de parentesco (LEITE, 2002).

Em suma, a reprodução humana constitui a personalidade e a subjetividade do ser humano, posto que fundamental, e, indubitavelmente, sua tutela deve ser realizada a fim de preservar os valores máximos existenciais que estão envolvidos nos vínculos decorrentes destas técnicas reprodutivas, tais como o direito à identidade genética, o conhecimento de sua história, a igualdade, o afeto, direitos patrimoniais, dentre outros igualmente importantes e essenciais para o desenvolvimento e manutenção da vida humana.

#### 7.4.1 Filiação biológica

Com o desenvolvimento das técnicas de identificação genética, principalmente os testes de DNA, houve uma busca por uma maior verdade e transparência nas relações de filiação, uma vez que permitem identificar o “pai consaguíneo” do investigante, atribuindo-lhe as responsabilidades inerentes ao reconhecimento da paternidade, garantindo, assim, a tutela dos direitos de quem busca a descoberta de sua origem genética.

Assim, reconhecida à identidade biológica entre investigante e investigado, surgem para o filho novos direitos, como direitos extrapatrimoniais, direito ao nome, por exemplo, com a possibilidade de passar a usar o nome do pai, bem como direitos patrimoniais, como o direito a alimentos e hereditários.

Nesse sentido, surgiu a Lei 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, cujo

objetivo foi de facilitar o reconhecimento dos filhos, com a imputação das responsabilidades decorrentes, inclusive o direito à assistência. Também foram apresentadas inovações, como o procedimento oficioso e o reconhecimento voluntário, que vieram para facilitar todo processo de reconhecimento de filiação.

No que tange à averiguação oficiosa, está atrelada ao direito de origem do indivíduo, sendo que, ao constar em seu registro de nascimento apenas o nome da mãe, o oficial poderá remeter a certidão com os dados do suposto pai ao juiz responsável para que haja a identificação do mesmo, e então, sendo o suposto pai notificado e não apresentando resposta ou contestando a paternidade, devem-se encaminhar os autos ao Ministério Público para que ação de paternidade tenha início.

Cumpra-se asseverar, ainda, que, apesar das modernas técnicas de identificação possibilitar a descoberta biológica, não é corolário lógico o estabelecimento dos laços afetivos, vez que apenas direitos são concedidos não o vínculo socioafetivo.

#### 7.4.2 Filiação socioafetiva

A busca pela verdade biológica pode ser insuficiente se considerada a afirmação da verdade afetiva calcada na parentalidade responsável, tal como ocorre na reprodução assistida heteróloga que depende, diretamente, do consentimento prestado pelo marido, ademais, outros princípios regentes da reprodução humana assistida também recaem diretamente sobre referida técnica, dentre eles configura-se o anonimato do doador, obstando, assim, o estabelecimento de quaisquer vínculos jurídicos de filiação (NOGUEIRA, 2001).

Neste contexto, impende destacar a noção da filiação afetiva, sendo que o seu conceito nem sempre coincide com a filiação biológica ou genética, uma vez que para que exista vínculo socioafetivo é necessário se considerar os laços de amor, afeto e carinho existentes dentro de cada relação familiar. Neste sentido, segundo a atual orientação doutrinária e jurisprudencial, o estabelecimento da filiação não é definido apenas pelos laços biológicos, mas, principalmente pelo querer externado dos pais, ou seja, de assumir as responsabilidades e deveres da filiação mediante a demonstração de afeto pelo filho gerado por meio destas técnicas reprodutivas.

Segundo Fachin (1996):

*“A descendência genética é assim um dado; a filiação socioafetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes. A primeira é traçada por uma informação obrigatória, cuja certeza (determinada ou determinável) pode demonstrar algo mais do que simples liame biológico. A segunda é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe na via do querer ser filho; desse desejo ela nasce e frutifica o que nenhum gene dispensa, mas que por si só pode não explicar. Se andam juntas, completam-se. Se dissociadas, podem se contrapor”.* (FACHIN, 1996, p. 59).

Impende destacar que, a partir do consentimento externado acerca da inseminação artificial em suas modalidades homóloga ou heteróloga, sua filiação se presumirá legítima, pois foi realizada na constância do casamento, ou união estável, descabendo qualquer contestação futura relacionada à filiação constituída.

Assim, para a definição de parentesco, segundo a doutrina, nos casos de reprodução assistida heteróloga, deve considerar apenas o pai e a mãe socioafetivos, e, portanto, desconsideram-se os pais biológicos.

Neste contexto, a paternidade socioafetiva é composta por elementos de índole subjetiva, como o carinho, respeito, desejo de se constituir um projeto parental, e também elementos objetivos como a posse de estado de filiação, aparente a terceiros.

Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira (2001):

Posse de estado de filho é aquela relação afetiva íntima e duradoura, que decorre de circunstâncias de fato, situação em que uma criança usa o patronímico do pai, por este é tratado como filho, exercitando todos os direitos e deveres inerentes a uma filiação, o criando, o amando, o educando e o protegendo, e esse exercício é notório e conhecido pelo público. (NOGUEIRA, 2001, p. 86)

Portanto, a posse de estado de filho é aquela que fundamenta a “*verdade afetiva*”, sendo independente de outros vínculos, quer sejam jurídicos, biológicos ou contratuais.

Segundo Maria Claudia Crespo Brauner (2003):

A posse de estado de filho, a que nos referimos, é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fato biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem as funções de pai ou de mãe. (BRAUNER, 2003, p. 200).

Portanto, a filiação, a adoção, o reconhecimento ou a investigação de paternidade não mais são constatados apenas pelo vínculo jurídico, e sim pelo conjunto de atos afetivos e solidários que provam um vínculo de filiação entre filho, pai e mãe (SILVA, 2006).

Importa esclarecer, ademais, que não há como renunciar ou prescrever ao estado de filho, sendo que a qualquer momento da vida, qualquer um pode pleitear sua filiação, apenas demonstrando a condição de filho (SILVA, 2006).

Sendo assim, restou-se superada a diferença entre filho biológico e afetivo, os quais, perante nossa Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º em consonância com nossa legislação Civil, em seu artigo 1.596, supramencionados, são iguais em direitos e obrigações.

## 7.5 EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NA FORMA HETERÓLOGA

### 7.5.1 Direito à procriação

O direito à vida é assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira, constituído um dos direitos fundamentais, sendo o primeiro de todos os bens jurídicos que devem ser assegurados.

Nas palavras de Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 120), “A vida não é considerada apenas em seu sentido biológico, mas sim como todo o processo vital que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, muda de qualidade, até se extinguir com a morte.”

Pode-se pressupor que o direito à vida abarca inúmeros outros direitos, dentre eles a liberdade, a intimidade e a igualdade. Nessa senda, Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 120) ainda expõe, “Se a vida não for assegurada, de nada adianta que os demais direitos sejam protegidos.”

Nesta toada, ainda é possível explorar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição<sup>20</sup>, estando

---

<sup>20</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

diretamente ligada ao direito à vida, importa garantir a existência digna de uma pessoa, em todos os seus aspectos considerados, envolvendo desde o seu exercício até a noção de saúde, que abrange além da ausência de doenças, moléstias físicas, males psíquicos, a sexualidade e a procriação (GAMA, 2003).

Portanto, o direito à procriação é consequência dos direitos à saúde e à integridade física e psíquica da pessoa, posto que a dificuldade e a impossibilidade de procriação são problemas de saúde pessoal. Nas palavras de Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 121), “a proteção à integridade abrange o direito à procriação”.

Neste contexto, o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal preceitua o planejamento familiar como direito recorrente da autonomia dos indivíduos, sem qualquer interferência do Estado

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, é de competência do Estado a promoção de ações que visem investimentos na educação e na assistência ao controle da concepção e da natalidade, bem como garantir o acesso daquelas pessoas impossibilitadas de terem filhos naturalmente aos tratamentos que forem necessários para o alcance do seu planejamento familiar almejado, não cabendo distinção entre a reprodução natural e a artificial, sendo que a escolha do casal deve ser respeitada, e o direito à procriação artificial deve ser tutelado.

Segundo Juliane Fernandes Queiroz (2001, p.121), “[...] se a infertilidade impossibilita a procriação de forma natural, conclui-se que é um impedimento à concretização da saúde. Portanto, essa pessoa deve ter acesso ao tratamento terapêutico substitutivo que lhe possibilite gerar filhos”.

Impende esclarecer que o direito a reprodução não é absoluto, vez que é necessário garantir o respeito dos interesses da pessoa que será gerada, reforçando e valorizando no Estatuto da Criança e do Adolescente, não devendo ser interpretados com base nos interesses dos pais biológicos ou sociológicos, e sim unicamente na preservação do bem-estar da filiação (FERNANDES, 2000; WELTER, 2003).

Portanto, torna-se imprescindível impor limites ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida por meio da ordem constitucional para garantir a concretude deste direito.

#### 7.5.2 Direito ao anonimato do doador

Por vezes, a prática das técnicas reprodutivas assistidas em sua forma heteróloga acarreta em conflitos entre direitos constitucionais, como o direito à identidade pessoal (identidade genética) em detrimento do direito à intimidade dos doadores, que estão assegurados pelo sigilo de todos os seus dados.

Sobre o tema, assim dispõe a Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina:

##### IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
- 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3- A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
- 4- **Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).**

Partindo dessa premissa, a possibilidade de quebra do sigilo de dados do doador, ensejando que seja revelada inclusive sua identidade civil, encontra seu fundamento, na maioria das vezes, no direito à identidade pessoal. Isto porque há situações em que a integridade física da pessoa nascida através das técnicas de reprodução heteróloga encontra-se ameaçada, como, por exemplo, razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa nascida por procriação assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador.

Eduardo de Oliveira Leite (1995) defende o anonimato do doador, afirmando:

A pretendida alegação de que a criança tem "direito" a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno) quando é sabido que,

atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível. (LEITE, 1995, p. 620).

Neste contexto, o anonimato garante que não seja estabelecido nenhum vínculo jurídico de filiação entre doador do material genético e o filho nascido desse material. Contudo, impende destacar que o cadastro do doador de gametas será mantido no banco de gametas onde doou o sêmen, sendo que sua ficha cadastral conterá informações, como nome, endereço, estado civil e características fenotípicas, entretanto, de acordo com a RESOLUÇÃO nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, já mencionada, essas informações não podem ser de conhecimento dos receptores do material genético, exceto se houver justificativa médica plausível, hipótese na qual que apenas os médicos terão acesso às informações pertinentes.

### 7.5.3 Direito ao estado de filiação

A filiação compreende todas as relações entre o filho e seus pais, sendo estes os que o geraram, criaram ou o adotaram. Neste viés, o direito de filiação abrange também o poder familiar que os pais exercem sobre os filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral (VENOSA, 2005). Assim, a partir das inovações das técnicas reprodutivas, a filiação passou a assumir outra abordagem no que tange à noção de família.

Na modalidade assistida heteróloga, a doação de material genético estranho ao casal configura ato de mera liberalidade e solidariedade. Leite (1995) enfatiza que a verdadeira paternidade não mais pode se reduzir apenas à autoria genérica da descendência, sendo que o pai é aquele que de maneira sólida e duradoura se revela no comportamento cotidiano através de uma relação socioafetiva. Portanto, o marido ou companheiro da genitora terá, juntamente com essa, o papel de cuidar, educar, amar, alimentar, fornecer segurança, estudo, moradia, dentre outros cuidados essenciais à criança.

Neste contexto, Veloso (1997, p. 150) afirma que “A paternidade, no caso, não tem base biológica, mas possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação socioafetiva”.

### 7.5.3.1 Efeitos jurídicos da filiação na inseminação artificial heteróloga

Na inseminação artificial heteróloga, a partir da autonomia da vontade dos pais em se submeterem à intervenção clínica, bem como, da preservação do anonimato do doador, estabelece-se um vínculo jurídico, estabelecido pelo art. 1.597, inc. V, do Código Civil, que sustenta o predomínio da verdade afetiva sobre a verdade biológica, em que interesses fundamentados em valores constitucionalmente legítimos, tais como o afeto e a livre realização de um projeto familiar pelos pais, e a solidariedade do doador, contribuem para o sucesso da técnica (PAGANINI, 2011).

Conforme exposto anteriormente neste trabalho, a existência e a manutenção da reprodução assistida heteróloga somente é possível devido à irrevogabilidade do consentimento prestado pelo marido, não sendo admitida a impugnação da paternidade, salvo situações de vício do consentimento prestado, mas que ainda há de ser relativizado quando tenham sido constituídos laços socioafetivos de paternidade e filiação.

Assim, as mesmas razões que fundamentam a impossibilidade de um pai se arrependar de haver tido um filho, desincumbindo-se das responsabilidades típicas à condição e de pai, são as que justificam a impossibilidade de retratação de consentimento prestado, de forma válida, nesta modalidade de reprodução assistida (PAGANINI, 2011).

Neste contexto, por força dos princípios constitucionais da solidariedade, valorização do melhor interesse da criança e direito à convivência familiar, mesmo em situações de vício do consentimento, não se deve admitir que os vínculos sociais e afetivos, sedimentados pelo indubitável exercício dos respectivos papéis de pai e filho, constituindo a posse de estado, sejam simplesmente desconsiderados diante da descoberta da verdade biológica, ou de defeitos na declaração de vontade manifestada pelo pai. Assim, a posse de estado de filho é juridicamente relevante, vez que é destinada a realizar os valores atribuídos à instituição familiar pela Constituição Federal (PAGANINI, 2011).

Destarte, a irrevogabilidade da filiação socioafetiva, decorrente da cumulação dos direitos e dos estados de filiação, preceituados no art. 227, §6º da CF, juntamente com o reconhecimento da filiação ocorrida fora do casamento, disposto no art. 1.609 do Código Civil, bem como a satisfação dos direitos à



convivência familiar e a proteção do melhor interesse dos filhos (art. 227, caput da CF), são premissas que servem de arcabouço à impossibilidade de se desconstituir a paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga mesmo que não consentida, nos casos em que pai e filho tenham constituído laços socioafetivos característicos da posse de estado de filiação (WELTER, 2005).

Em suma, a existência, ou não, da posse de estado de filiação, expressão máxima da paternidade socioafetiva, deve servir como o principal critério de resolução das ações de estado que abarquem a ausência ou invalidade de consentimento prestado na inseminação artificial heteróloga.

#### 7.5.3.2 Efeitos jurídicos da filiação na fertilização *in vitro* heteróloga

No que tange à fertilização *in vitro*, a determinação da paternidade e da maternidade se baseia a partir da origem dos gametas empregados na fertilização.

Na modalidade homóloga da fertilização *in vitro* ocorre uma coincidência entre ascendência biológica, jurídica e socioafetiva, na medida em que são empregados gametas oriundos de ambos os cônjuges (ou companheiros) solicitantes da técnica, que terão o filho como seu, por presunção legal análoga ao que incide na inseminação artificial homóloga. Nesta hipótese, não paira qualquer dúvida sobre a atribuição da paternidade aos solicitantes, vedando-se, por razões óbvias, a sua impugnação.

Na fertilização *in vitro* heteróloga, sempre haverá pelo menos um dos cônjuges que não será o ascendente genético do filho do casal. O caráter heterólogo, semelhante ao verificado na inseminação artificial, atribui-lhe a paternidade jurídica em virtude da socioafetividade presumida pela prestação de consentimento com o projeto parental levado a efeito pelo casal que se utiliza da técnica.

Em uma ou outra hipótese de fertilização *in vitro* heteróloga, a solução deve ter por fundamento o anonimato pressuposto pela doação de material genético, sustentáculo que viabiliza a reprodução assistida. A vedação à perquirição da paternidade biológica por parte dos doadores de espermatozoide e pelos concebidos, que já se firmou no campo da inseminação artificial heteróloga, deve ser estendida, sem qualquer ressalva, à fertilização *in vitro* heteróloga, compreendendo-

se, aqui, tanto as doadoras de óvulos quanto os casais doadores de embriões excedentários.

Portanto, também na fertilização *in vitro* heteróloga deve preponderar a expressão socioafetiva, vinculante de ambos os membros do casal que se socorreram à medicina para realizar o seu projeto parental, reproduzindo-se por um modo que, a rigor, não perpetua integralmente a consanguinidade, mas realiza, na máxima extensão, o valor da afetividade e da paternidade responsável, programada e, acima de tudo, desejada (PAGANINI, 2011).

#### 7.5.4 Direito à identidade genética

Inicialmente, impende destacar que a identidade genética em nada se confunde com a filiação, embora sejam componentes da identidade pessoal. A identidade genética refere-se ao patrimônio genético herdado dos progenitores biológicos, mais especificamente, o seu genoma, o qual estabelece a identidade própria da pessoa, que é irrepetível. Já a filiação é um conceito jurídico que determina a inclusão de uma pessoa em uma determinada família formada pelos pais juridicamente determinados.

Neste contexto, a divulgação dos dados do doador em nada modifica o vínculo jurídico de filiação estabelecido desde a concepção (LEVY; INIGO, 2003).

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo (2003), a filiação é decorrência do afeto estabelecido entre os pais e os filhos, independentemente da forma que o vínculo foi estabelecido (genética ou não), e, portanto, é inconfundível com a identidade genética que visa buscar a origem genética do indivíduo e em nada altera a paternidade estabelecida anteriormente.

Destarte, é possível inferir que qualquer relação do filho gerado com os doadores dos gametas é unicamente genética, excluindo qualquer responsabilidade jurídica que lhe pudesse ser imputável, não alterando a relação de filiação estabelecida juridicamente, em virtude de a doação de sêmen ser estritamente voluntária e desinteressada, sendo, portanto, assegurado ao doador de gametas que não tenha nenhum tipo de vínculo, dever ou responsabilidade com a pessoa nascida a partir da utilização de seus gametas, devendo a paternidade ser atribuída ao

homem que recorreu à técnica reprodutiva para alcançar seu projeto parental (KRELL, 2006).

O Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup> vai ao encontro desta premissa, ao entender pelo direito ao reconhecimento do vínculo biológico de paternidade, sem que isso tenha importado em descon sideração ao disposto no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, subsistindo inalterada a adoção. Percebe-se uma nítida distinção entre o direito de se conhecer a ascendência biológica e o direito à filiação.

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer descon sideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/1990. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA. (STJ, REsp nº 127.541-RS, 3ª TURMA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 10/04/2000).

Assim, é plausível inferir que o direito ao anonimato do doador e a inexistência de relação jurídica de paternidade entre o doador e o filho nascido pela técnica reprodutiva não impede o reconhecimento do direito do filho a conhecer sua identidade genética, visto que esta integra os direitos da personalidade cuja titularidade pertence a todos os indivíduos.

Nesta senda, ressalte-se que o direito à identidade, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceituado no art. 1, inciso III, da Constituição, é estabelecido como o valor próprio de cada indivíduo, assim, no contexto dos direitos da personalidade, a identidade deve ser considerada direito fundamental a fim de que a pessoa seja reconhecida e individualizada na sociedade e perante o Estado (SARLET, 2007).

Assim, o direito à identidade genética na seara da reprodução artificial heteróloga conflitua diretamente com o direito do doador dos gametas ao anonimato. Considera-se, portanto, que o conhecimento da verdade a respeito da origem biológica é direito fundamental que integra o conjunto dos direitos da personalidade.

---

<sup>21</sup>STJ - RESP n. 127.541/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 04/06/2017.

Portanto, não se pode olvidar da existência de um direito à perquirição da ascendência genética, corolário lógico do direito à identidade e ao conhecimento da própria história, de que são titulares todos os indivíduos, sendo esta premissa suficiente para relativizar a regra do anonimato. Entretanto, ressalte-se que essa relativização mediante o provimento judicial deve ser dotado de eficácia meramente declaratória, cuja decisão deve ser restrita ao estabelecimento de determinados impedimentos e necessidades, sem quaisquer efeitos constitutivos de vínculos ou outros deveres decorrentes da declaração da paternidade ou maternidade jurídica.

#### 7.5.4.1 Efeitos jurídicos da identidade genética na inseminação artificial heteróloga

O conhecimento da identidade genética, sendo um direito da personalidade, é outra das grandes questões envolvidas na inseminação heteróloga, sendo que esse direito à obtenção de informação sobre a da ascendência biológica surge como corolário do direito à integridade psicofísica e da identidade pessoal (SARLET, 2007).

Em termos legais, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer previsão expressa acerca da efetivação do direito à identidade pela revelação da ascendência. No entanto, existe, atualmente, o Projeto de Lei nº 1.184/2003, ainda não aprovado, que se encontra com diversos outros apensamentos, como por exemplo, o PL nº 4892/2012 e o PL nº 3.977/2012 e que, em conjunto, visam a regulamentar a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O PL nº 1.184/2003 institui o sigilo recíproco entre doadores e receptores em seu art. 8º, e, o art. 9º traz a possibilidade de quebra deste sigilo em casos determinados, assim, dispõe a lei, *in verbis*:

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

**Art. 9º** O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

**§ 1º** A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde

que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça”.

Portanto, ao se efetivar o direito à identidade, com a consequente revelação da identidade do doador dos gametas, não há ruptura dos vínculos de paternidade estabelecidos, muito menos o estabelecimento de novo vínculo de paternidade entre o doador e o concebido por meio da técnica reprodutiva heteróloga, restando afastada a alegação de que tal conduta viola o melhor interesse do menor.

Ademais, impende destacar que o direito à ascendência genética já se desenvolveu no campo da adoção, e observou-se que ao concorrer vínculos de paternidade biológica e afetiva por conta da inseminação heteróloga, não se pode conduzir ao cerceamento do direito do concebido de investigar sua origem biológica. Ou seja, de acordo com a jurisprudência, o exercício do direito à investigação da ascendência biológica não constitui vínculos jurídicos de paternidade nas hipóteses em o investigante já esteja em pleno gozo da posse de estado de filho (PAGANINI, 2011).

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA”. (STJ - REsp 127541/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/04/2000, DJ 28/08/2000, p. 72)

Destarte, em demanda investigatória que vise a identidade biológica do indivíduo, a existência de vínculos afetivos de paternidade pré-existent é determinante para que o doador do material genético se desincumba de qualquer responsabilidade jurídica decorrente da investigação pleiteada. Portanto, a busca da verdade biológica pode ser subdividida na “*verdade biológica com fins de parentesco*”, com fundamento no princípio da paternidade responsável, que se desenvolve quando da inexistência de outro vínculo de paternidade (registral, ou afetiva) e na “*verdade biológica sem fins de parentesco*”, quando coexistem vínculos

afetivos, em que se busca unicamente a ascendência genética, fundamentado no direito da personalidade, sem eficácia para estabelecer relação parental (LOBO, 2007).

Portanto, a busca da *verdade biológica com fins de parentesco*, em hipótese em que já houver sido constituída relação afetiva, como quando o marido de forma expressa e de livre vontade, consente com a técnica reprodutiva, não encontra amparo legal, devendo o magistrado, ao receber demandas com este pleito, indeferir de plano a pretensão buscada pelo investigante, vez que a relação afetiva já estava consolidada, e caso procedente, acarretaria em uma violação da expectativa daquele que contribuiu, com a doação do esperma, com o projeto parental de terceiros anônimos.

Esta questão já foi decidida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS - EXAME DNA POSITIVO - PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA - TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO - NOVA PERÍCIA - DESNECESSIDADE - LAUDO REGULAR - RECURSO IMPROVIDO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA - PREVALÊNCIA DAQUELA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - PATERNIDADE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS - MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA. Não tendo comparecido à audiência as testemunhas que viriam independentemente de intimação, não há cerceamento de defesa porque a desistência de suas oitivas é presumida. O resultado do exame DNA é prova suficiente para corroborar o estado de filiação afirmado na inicial, dispensando-se sua renovação quando inexistentes vícios capazes de macular o laudo pericial. No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana. **Existindo paternidade socioafetiva simultaneamente com a paternidade biológica, deve esta ser acolhida parcialmente para fins exclusivamente genéticos, sem parentalidade ou consequência sucessória, mas mantendo-se aquela até então existente**". (TJSC – Apelação Cível nº 2005.000406-5.4ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Monteiro Rocha. Julg.: 01/08/2008)

Neste contexto, impende inferir que há uma viabilidade, com o reconhecimento da identidade genética, de proteção de outros direitos fundamentais de extrema relevância, que são o direito à vida e à saúde, imperativos constitucionais dotados de caráter fundamental, preceituados nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Isto porque, conforme cediço, inúmeras doenças necessitam de transfusão de órgãos, tecidos, como o sangue, medula, fígado, rins, e que, tal necessidade, por vezes, apenas se concretiza entre membros de uma mesma família, devido à possibilidade de rejeição do receptor destes materiais. Ademais, não se olvide que existem doenças congênitas que são transmissíveis hereditariamente, o que demandaria um estudo da árvore genealógica do paciente para estudo e viabilização de uma possível cura. Entretanto, ressalte-se que os pais também podem necessitar obter dados de seus descendentes biológicos, vez que seus filhos são portadores de metade de sua herança genética.

No entanto, a averiguação destes dados acaba encontrando um óbice na manutenção do sigilo do doador, vez que estas modalidades de reprodução assistida estão protegidas por este princípio. Porém, diante da relevância e seriedade de razões clínicas, não há qualquer fundamentação jurídica que possa obstar a busca e reconhecimento da identidade genética do paciente, vez que as clínicas especializadas em reprodução humana são obrigadas a guardar os dados de todos os pacientes, e, uma das razões para tal é a viabilização de diagnóstico e tratamento de eventuais doenças.

Referida hipótese foi abarcada pelo Projeto de Lei nº 1.184/2003 que, embora institua o sigilo e anonimato, preceitua sobre a revelação da identidade entre doadores e receptores por razões clínicas, *in verbis*:

Art. 16. (...) § 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no § 2º estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida”.

Portanto, impossível a sustentação de que em hipóteses de enfermidade que demandem diagnósticos, transfusões e doações de órgãos, haja óbice ao tratamento, e, conseqüentemente, à vida do paciente unicamente em face da preservação do anonimato do doador.

Todavia, em tais casos, não serão constituídos quaisquer vínculos jurídicos de paternidade ou maternidade, não se cogitando, portanto, do estabelecimento do complexo de situações jurídicas existenciais próprias à filiação (poder familiar, direitos, deveres, etc.).

Não se olvide, ademais, que os efeitos jurídicos da revelação da identidade biológica, também se destinam a impedimentos matrimoniais, para evitar o incesto, em analogia ao que dispõe o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Neste raciocínio, colaciono o julgado no Recurso Especial n. 1.401.719MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, assim ementado:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. **A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.** 6. Se for o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.** 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido. (REsp 1401719 MG 2012/00220351, Rel. Min. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 8/10/2013, 3ª Turma, Publ. 15.10.2013).



Em seu voto, na ação de investigação de paternidade, afirmou que a existência de vínculo socioafetivo do recorrido com seu pai registrário pode impedir o reconhecimento da paternidade biológica em face do recorrente:

As relações familiares de parentesco podem ser naturais ou civis, conforme resultem de consanguinidade ou outra origem (art. 1.593 do CC/02). Daí decorre que são reconhecidas outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, dentre as quais se destacam: (i) o vínculo parental proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai ou mãe que não contribuiu com seu material genético; (ii) a maternidade/paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (REsp 1401719 MG 2012/00220351, Julgamento: 8/10/2013, 3ª Turma, Publ. 15.10.2013).

A ministra prossegue em seu acórdão da seguinte forma:

Esse amplo reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva pela doutrina e jurisprudência, bem como a possibilidade dela, inclusive, prevalecer sobre a verdade biológica, em algumas hipóteses, trata-se de uma quebra de paradigmas, haja vista que o direito brasileiro, notadamente em razão do desenvolvimento tecnológico, que permitiu a realização de exames genéticos precisos acerca do vínculo biológico (DNA), tinha a tendência de sempre priorizar a genética. Um exemplo disso é a própria possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado, quando lhe sobrevém prova que definitivamente exclui a paternidade. Trata-se do fenômeno denominado pela doutrina como a “desbiologização da paternidade”, o qual leva em consideração que a paternidade e a maternidade estão mais estreitamente relacionadas à convivência familiar que ao mero vínculo biológico.

Com efeito, o destaque é para a tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade/maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança (ainda que já se encontre na fase adulta) preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. (REsp 1401719 MG 2012/00220351, Julgamento: 8/10/2013, 3ª Turma, Publ. 15.10.2013).

Portanto, é possível inferir que a doutrina e jurisprudência caminham juntas para o estabelecimento do direito à identidade genética, isto porque, diante do caráter absoluto atribuído à presunção de paternidade presente na inseminação artificial heteróloga com consentimento paterno, a investigação judicial da ascendência genética será suficiente para além de estabelecer impedimentos matrimoniais entre filho e o ascendente biológico, viabilizar hipóteses de necessidades médicas eminentes, bem como necessidades psicológicas do investigante, que possui o direito de construir sua identidade possibilitando a

definição de sua personalidade. Assim, pretende-se apenas ver conhecida a ascendência genética, com fundamento no exercício do direito de personalidade.

#### 7.5.4.2 Efeitos jurídicos da identidade genética na fertilização *in vitro* heteróloga

Os mesmos fundamentos que, na inseminação artificial heteróloga, sustentam, por um lado, a impossibilidade de constituição de quaisquer vínculos jurídicos de paternidade entre doador de esperma e filho assim gerado e, por outro, a possibilidade de revelação da ascendência genética (com eficácia exclusivamente declaratória e aptidão a constituir impedimentos matrimoniais, ou ainda, questões de saúde e psíquicas), aplicam-se, sem ressalvas, à fertilização *in vitro* heteróloga (LEITE, 1995).

Assim, em nome de todos os já referidos princípios orientadores dos vínculos de paternidade e maternidade nas outras modalidades de reprodução humana assistida, também na fertilização *in vitro* heteróloga deve preponderar a expressão socioafetiva, vinculante de ambos os membros do casal que se socorreram à medicina para realizar o seu projeto parental, reproduzindo-se por um modo que, a rigor, não perpetua integralmente a consanguinidade, mas realiza, na máxima extensão, o valor da afetividade e da paternidade responsável.

#### 7.5.5 Direito à Paternidade

Conforme explanado anteriormente, a paternidade pode ser fundada no vínculo biológico, no vínculo socioafetivo ou no vínculo ao mesmo tempo biológico e socioafetivo.

Segundo Queiroz (2001), o vínculo consanguíneo determina o pai biológico, e o vínculo jurídico determina a paternidade estabelecida por definição legal, o pai jurídico. A presunção da paternidade de filhos concebidos na constância do casamento, estabelecida no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, aplica-se aos filhos nascidos da reprodução humana assistida.

Ressalte-se, entretanto, que o nosso Legislativo ainda não autorizou nem regulamentou a reprodução humana medicamente assistida, vez que o Projeto de Lei nº 1.184/2003 que regulamenta estas questões referentes às técnicas

reprodutivas assistidas ainda não foi aprovado, sendo que o legislador apenas procurou solucionar a problemática referente à presunção de paternidade, conforme preceitua nossa legislação civil (art. 1597, Código Civil) (VENOSA, 2005).

Neste viés, é inadmissível estabelecer a paternidade jurídica entre o doador de gametas e a criança concebida, eis que o doador, terceiro estranho à relação, nunca manifestou vontade de se tornar pai e assumir um projeto parental, apenas agiu com benevolência ao propiciar a outros casais o tão desejado sonho de gestar um filho, quando de sua impossibilidade, portanto, não se faria plausível reconhecer qualquer obrigação legal sobre o nascido destas técnicas de reprodução.

Assim, a presunção absoluta incide sobre o pai jurídico e socioafetivo que consentiu com o projeto parental decorrente de uma procriação heteróloga, ficando esse impossibilitado de qualquer contestação ou impugnação acerca da sua paternidade atribuída, ressalvadas hipóteses de vício do consentimento. Portanto, de modo geral, a autorização expressa do marido ou companheiro da mãe na utilização de sêmen de terceiro para a obtenção de gravidez, frente aos princípios que norteiam a legislação civil vigente, será tida como incondicional e irrevogável. Adotando-se a presunção *pater is est*, a prova de paternidade do filho concebido durante o casamento, quando não houver a anuência do marido ou do companheiro, poderá ser realizada através da certidão de casamento (VENOSA, 2005).

Quando os pais não são casados, não se aplica a presunção da paternidade, tornando-se necessário a manifestação do pai socioafetivo (companheiro da mãe), assim, o reconhecimento voluntário da paternidade pelo pai socioafetivo será concretizado quando este comparecer pessoalmente no cartório e, na presença de testemunhas, manifestar a sua vontade e reconhecer o filho. Esta forma de reconhecimento de paternidade está prevista no artigo 1.609 do Código Civil:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

No mundo moderno, torna-se impossível configurar a paternidade em apenas um elemento biológico, eis que, em benefício do melhor interesse da criança e do adolescente, não se pode ater à ordem formal em detrimento da verdade real.

#### 7.5.6 Direitos hereditários

Sucessão significa substituir na área jurídica, especificamente assumindo a posição de outrem nas relações jurídicas. Na sucessão *causa mortis*, essa substituição ocorre em razão da morte do titular de um patrimônio (VENOSA, 2012).

Considerando que a procriação artificial heteróloga seja admitida no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002, até então não há lei aprovada que trate especificamente de seus efeitos jurídicos. Ademais, é de suma importância o reconhecimento de que os filhos havidos através desta técnica têm os mesmos direitos de qualquer outro filho, inclusive os direitos sucessórios, seguindo o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no parágrafo 6º de artigo 227,<sup>22</sup> da Constituição brasileira, que determina que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Portanto, o dispositivo mencionado é perfeitamente aplicável à reprodução artificial heteróloga, segundo Gama (2004, p. 936) “[...] já que a integração plena do filho havido por procriação assistida heteróloga na família de seus pais significa não apenas efeitos de ordem pessoal, mas também de cunho patrimonial”. Assim, é possível aplicar analogicamente à reprodução assistida na forma heteróloga.

Aos casos de reprodução medicamente assistida pode ser feita uma aplicação analógica de normas jurídicas referentes ao instituto da adoção, uma vez que ambas originam o parentesco civil, trazendo para uma família pessoas sem vínculos sanguíneos (GAMA, 2004).

Contudo, tendo como sustentáculo o princípio da igualdade dos filhos, inclusive quanto aos direitos sucessórios, encontra-se um óbice à negativa de sucessão legítima ao filho nascido por meio de técnicas reprodutivas, vez que a paternidade é presumida quando havida na constância do casamento, segundo art. 1.597, Código Civil, estabelecendo-se o parentesco em linha reta descendente em

---

<sup>22</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 09 fev. 2017.

primeiro grau, ou seja, coloca-se o filho havido por meio da procriação artificial heteróloga na primeira classe da ordem de vocação dos herdeiros legítimos.

Em suma, torna-se desnecessário recorrer ao instituto da sucessão testamentária para garantir ao filho concebido por meio das técnicas medicamente assistidas de reprodução o direito de receber a herança deixada por seu pai jurídico, uma vez que o princípio da igualdade de filiação concede àquele os mesmos direitos e deveres dos demais filhos, proibindo discriminações.

#### 7.5.7 Direito a alimentos

Conceitualmente, o dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores e maiores incapazes, conforme dispõe o artigo 1.590 do Código Civil<sup>23</sup>, abrange a obrigação de prover a subsistência material dos filhos, com o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos, enfim, o necessário à sobrevivência e manutenção do credor da prestação.

Neste contexto, os requisitos indispensáveis para a concessão do direito a alimentos são o vínculo de parentesco, a necessidade do alimentando, a possibilidade do alimentante e a proporcionalidade no estabelecimento do *quantum* alimentar (GAMA, 2004, p. 620).

Esse dever encontra-se preceituado em nossa legislação, mais especificamente no artigo 229 da Constituição Federal:

Art. 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No que tange à procriação heteróloga, não há possibilidade de se tratar desigualmente os filhos, assim, os mesmos fundamentos devem ser aplicados.

No que diz respeito ao direito do filho afetivo de postular alimentos ao pai biológico, a doutrina tem tentado postular que há possibilidade de ser atribuída responsabilidade ao pai genético (doador de gametas) em determinados casos excepcionalíssimos.

---

<sup>23</sup>Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Neste sentido, Welter (2002) entende:

A doutrina sustenta que não se pode excluir que se o pai – genitor legal – morrer, o doador – genitor genético – possa assumir algumas responsabilidades, mesmo de tipo educativo, em relação ao filho, isto é, caberia essa investigação, se fosse apenas para conceder alimentos a esse filho, que deles necessitar, a exemplo da legislação francesa de 1972, que criou um tipo de paternidade apenas alimentar, sem o exercício do pátrio poder. (WELTER, 2002, p. 190).

Perlingieri (2008) também aponta que, em casos excepcionais, havendo morte do pai legal e necessidade do filho havido a partir da reprodução medicamente assistida na forma heteróloga, o genitor genético (doador) pode assumir algumas responsabilidades, como educação e alimentos.

No entanto, esta doutrina não é majoritária, vez que o doador não possui a vontade livre e consciente de construir um projeto parental, não havendo que se entender por qualquer tipo de obrigação em favor da criança concebida com seu material, prevalecendo a possibilidade de reconhecimento apenas da ascendência biológica em casos específicos (impedimentos matrimoniais, doenças hereditárias, necessidades médicas), sem construção de vínculo jurídico decorrente da investigação e reconhecimento da verdade biológica.

## 7.6A FALTA DE LEGISLAÇÃO SOBRE A MATÉRIA

No atual ordenamento brasileiro, não existe legislação que discipline, de modo específico, a reprodução assistida em toda a sua extensão. A legislação civil de 2002 limita-se a regular os efeitos da inseminação artificial (homóloga, heteróloga e *post mortem*) no estabelecimento da paternidade (art. 1.597, Código Civil) e de efeitos sucessórios (art. 1.799, Código Civil) (GAMA, 2004).

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), a disciplina da reprodução humana assistida foi propositalmente omitida pelo Código pois transcende o campo do direito civil e deveria ser regulamentada em legislação especial, vez que poderia encontrar óbices caso tratada pelo Código Civil.

Neste contexto, a lei nº. 5.560/1992 regula apenas a investigação de paternidade de filhos havidos fora do matrimônio, e a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 trata apenas da clonagem terapêutica e da pesquisa com células tronco embrionárias.

Atualmente, encontram-se vigentes no Brasil, apenas as Resoluções nº. 1.931/2009, que é o Código de Ética Médica, e nº 2121/2015 que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), bem como as Resoluções nº. 196/1996, que traz as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, nº 246/1997, que designa a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, e a nº303/2000, que regulamenta de forma complementar a Resolução nº 196/96, todas do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Pelas Resoluções nº 196/1996 e 246/1997, ambas do CNS, foi criada a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Esta comissão é constituída por membros de diversas áreas do saber, como Bioquímica, Medicina, Filosofia, Psicologia, Odontologia, entre outras, e tem função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, cujo objetivo é a implementação das normas e diretrizes que regulamentam as pesquisas envolvendo seres humanos, aprovadas pelo Conselho, atuando em conjunto com uma rede de Comitês de Ética em Pesquisa (CEP), organizados nas instituições onde as pesquisas se realizam”.<sup>24</sup>

No entanto, estas resoluções apenas regulamentam e criam diretrizes, sem observância ao trâmite do processo legislativo constitucionalmente instituído (art. 59 e seguintes da CF), mas sim de normas éticas, dotadas de conteúdo deontológico (ordem do *dever-ser*).

De acordo com Jussara Meirelles (2004), são atos regulatórios, de cunho administrativo, instituídos por entidades de classe (no caso do CFM), e pela Administração Pública (CNS e Ministério da Saúde), contendo indicações de posturas médicas e, portanto, insuficiente para delimitar atividades que a lei formal brasileira não proíbe expressamente (MEIRELLES, 2004, p. 26).

Assim, na ocorrência de descumprimento do disposto nos referidos estatutos, há responsabilização administrativa do profissional perante seu conselho de classe (cuja sanção pode ser a inabilitação ao exercício da profissão), podendo servir de sustentáculo a eventual demanda judicial interposta pelo paciente visando a responsabilização do profissional por conduta ou procedimento danoso.

Em termos legislativos, a reprodução humana assistida foi objeto de quatro projetos de Lei que tramitaram pelo Congresso Nacional nos últimos anos. No

---

<sup>24</sup>Disponível em <<http://www.datasus.gov.br/conselho/comissoes/etica/conep.htm>> (Acesso em 10/FEV/2017).

entanto, três deles se encontram arquivados pelo encerramento da legislatura em que atuaram seus respectivos relatores.

A proposição legislativa que atualmente tramita perante o Congresso Nacional é Projeto de Lei nº. 1.184/2003, de autoria do Deputado José Sarney. Este projeto apresenta alguns apensamentos (PL 120/2003, PL 2855/1997 (2), PL 2061/2003, PL 4889/2005, PL 4664/2001, PL 6296/2002, PL 5624/2005, PL 3067/2008, PL 7701/2010, PL 3977/2012, PL 4892/2012, dentre outros apensos a cada um desses PL mencionados) todos abarcando aspectos relevantes para a reprodução humana assistida, e que em conjunto, visam a regulamentar a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis, sociais e jurídicas.

Em síntese, este projeto:

- a) restringe as técnicas de reprodução assistida às mulheres (o que exclui, portanto, casais de homossexuais) portadoras de causas de infertilidade e de doenças ligadas ao sexo, desde que exista indicação médica, livre consentimento, idade compatível, aptidão física e psicológica pela receptora e aptidão física e mental pelo doador de gametas (art. 2º e incisos);
- b) proíbe a gestação por substituição (art. 3º);
- c) impõe a coleta de consentimento livre e esclarecido, por instrumento particular (vedando-se a procuração), contendo esclarecimentos acerca de matérias previamente estabelecidas em regulamento (art. 4º e incisos);
- d) responsabiliza as instituições clínicas por todo o procedimento (art. 5º);
- e) estabelece requisitos mínimos de obtenção de autorização de funcionamento (art. 6º);
- f) veda qualquer sorte de remuneração ou cobrança pela doação de gametas (art. 7º), destacando-se a obrigatória informação acerca de doações anteriores, bem como, de histórico de doenças genéticas na família (§2º do mesmo artigo);
- g) prevê o descarte dos gametas após a utilização bem sucedida, *“de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora”* (§4º do mesmo artigo);
- h) estabelece o sigilo de identidade entre doadores e receptores (art. 8º), mas reconhece o direito das pessoas assim concebidas à obtenção de todas as



informações relativas ao processo de sua concepção, “*inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça*” (§1º);

i) estende a revelação das identidades aos casos de necessidade médica ou para o estabelecimento de impedimentos matrimoniais (§2º);

j) atribui aos centros de reprodução a responsabilidade pela seleção dos doadores (art. 10), vedada a participação de seus próprios agentes (art. 11);

k) limita-se a dois o número de embriões a serem produzidos e transferidos por ciclo (art. 13º), estipulando-se a obrigação de transferência, a fresco, de todos os embriões obtidos (§2º mesmo artigo);

l) prevê-se que os embriões congelados *in vitro*, anteriormente à sua implantação, não possuem personalidade jurídica; (art. 3º);

m) quanto à filiação, estabelece que “*será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida*” (art. 16), o que subsiste mesmo em caso de morte dos beneficiários; estabelece-se que o doador e seus parentes biológicos não terão qualquer vínculo jurídico de paternidade ou maternidade jurídicas com a pessoa assim gerada, exceto no que concerne aos impedimentos matrimoniais (art. 17);

n) por fim, estabelece-se uma série de sanções, de índole penal e administrativa, ao descumprimento das diretrizes estabelecidas pelo estatuto legal (artigos. 19 a 21).

Neste contexto, na vacância da lei, ou seja, enquanto esse projeto não for definitivamente aprovado, persiste a inexistência de legislação brasileira a compreender, aplicar e regularizar a reprodução humana assistida, e, assim, impossível reconhecer as razões médicas e sociais que justifiquem o uso destas técnicas, bem como fiscalizar as clínicas especializadas, além é claro, do estabelecimento de limites que devem ser impostos às técnicas e aos sujeitos que possam a elas se submeter, tampouco a disponibilidade de recursos públicos voltados às pessoas que almejam utilizar-se destas técnicas a fim de constituir seu projeto parental.

Assim, a nossa legislação que está em vigor apenas regulamenta algumas das circunstâncias e consequências jurídicas da reprodução assistida, tais como o destino dos embriões excedentários e a possibilidade de sua “produção” destinada à

pesquisa com células-tronco (Lei de Biossegurança),<sup>25</sup> bem como disciplina os vínculos jurídicos de paternidade e maternidade, pelo Código Civil de 2002.<sup>26</sup>

Diante da ausência legislativa, a doutrina e a jurisprudência se valem de princípios constitucionais, de princípios gerais do Direito, e dos Direitos e Garantias Fundamentais para, geralmente por analogia, formular proposições jurídicas para construção de soluções no caso concreto.

No entanto, referida falta de regulamentação jurídica específica no que concerne às técnicas de reprodução humana medicamente assistida não obsta sua utilização face ao conhecimento dos brasileiros desta modalidade de constituição do projeto parental. Assim, ainda que não haja, no Brasil, uma regulamentação a respeito da aplicação das técnicas de reprodução humana medicamente assistida e de suas consequências, sua utilização deve sempre ser pautada por normas éticas e pelos princípios constitucionais.

## **8. CONCLUSÃO**

A ciência, de um modo geral, contribui muito com o Direito, sendo que ambos são meios que possibilitam a realização do ser humano, e, cada dia mais, com as novas tecnologias descobertas, a sociedade passa a apresentar situações mais complexas, que acabam contrapondo princípios e direitos de ambos os lados.

No entanto há momentos em que a ciência encontra o seu limite, não conseguindo apresentar respostas satisfatórias para determinadas questões importantes, a partir das quais nossos direitos seriam efetivamente definidos e garantidos. Portanto, o Direito deve buscar uma solução ao conflito exposto, ressaltando-se que as dimensões afetivas, psicológicas e emocionais, não podem ser olvidadas sob pena de tornarem as soluções sem eficácia.

Neste contexto, o exame de DNA apresenta-se no processo judicial de investigação de paternidade como um meio de prova com o propósito de convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados, assim, o DNA que trará, definitivamente, a identificação da paternidade biológica, bem como a ascendência genética, mas, acabam por acarretar na dificuldade da identificação da filiação, e

---

<sup>25</sup>Lei 11.105/2005, art. 5º.

<sup>26</sup>Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

consequentemente, o convencimento e decisão do juiz. Portanto, esta pesquisa se utilizou da contribuição da medicina, bioquímica, ética e direito, que, através da realização do DNA, expõe as limitações atuais deste conhecimento na solução dos casos relativos à investigação de paternidade no que tange aos gêmeos univitelinos e às modernas técnicas de reprodução assistida, demonstrando-se seus reflexos no estatuto da filiação.

Nesta toada, exsurge o princípio da dignidade humana como um dos pilares do estudo dos direitos do menor investigantes no caso da investigação de paternidade, uma vez que, a partir dele, é possível debater acerca do direito à identidade pessoal e integridade psíquica do indivíduo, ou ainda o melhor interesse da criança que tem o direito ao pai como fundamental.

No que tange aos direitos do menor, e visando assegurar seu melhor interesse, as técnicas de identificação possibilitam identificar a paternidade, mas, ao mesmo tempo, existe uma impossibilidade técnica nas análises disponíveis para reconhecimento da paternidade quando os investigados são gêmeos monozigóticos (idênticos) portadores do mesmo material genético, e, portanto, impossível de identificar pela corrente técnica do DNA. E, diante desta situação inusitada, o magistrado deverá analisar as outras provas presentes nos autos, antes de tomar qualquer decisão, levando em consideração muito mais do que vínculos genéticos ao realizar a imputação jurídica da paternidade, mas, muito provavelmente, não encontrará uma prova estreme de dúvidas, devendo, então, agir com extrema prudência.

Assim, conforme o exposto neste trabalho, uma vasta gama de questões podem ser colocadas diante de uma situação concreta, e, nestes casos, inúmeras soluções poderiam ser apontadas. Uma hipótese seria analisar a existência de vínculo afetivo entre o investigador a algum dos investigados, no entanto, quando não há vínculo com nenhum, caso houvesse intenção de um dos investigados de reconhecimento voluntário, este reconheceria o menor independentemente de qualquer sentença, findando o conflito. Também poderia ser aventada outra hipótese, que seria a comprovação da impotência sexual de um ou de ambos os investigados, o que impossibilitaria a imputação da paternidade e o investigado de assumir o seu papel de pai. Há também possibilidade do reconhecimento da dupla paternidade. Ou ainda outra hipótese seria a do reconhecimento como pai daquele com quem a mãe do menor teve o relacionamento estabelecido, e com o qual

acreditava ter se relacionado com exclusividade até o fim do relacionamento. Outra solução seria o não reconhecimento de nenhum dos dois como pais, decorrente da minguada de provas capazes de demonstrar a veracidade das alegações apresentadas pelo investigante, julgando-se improcedente a ação.

Nestes casos hipotéticos, se reconhecida a paternidade, os efeitos dela decorrentes podem ser classificados em patrimoniais e não-patrimoniais, sendo aqueles passíveis de tradução em pecúnia e estes sem mensuração econômica. Assim, como efeitos patrimoniais têm-se o direito aos alimentos e à sucessão, e, como não patrimoniais, surge o direito ao nome.

No entanto, o que importa é que a solução encontrada e aplicada seja coerente e tenha respaldo no nosso ordenamento jurídico, atentando sempre ao melhor interesse do investigante, bem como à preservação da dignidade da pessoa humana.

Quanto às técnicas de reprodução humana assistida, torna-se necessária a análise de questões jurídicas envolvendo as técnicas reprodutivas, e suas consequências no instituto da filiação.

Em se tratando de métodos de reprodução assistida, há participação de vários sujeitos no processo de concepção, como os doadores e receptores de gametas e embriões, gestantes por substituição, entre outros, evidenciando, como corolário, questionamentos incessantes acerca das novas entidades familiares construídas.

Portanto, o instituto da filiação é complexo, isto porque, a reprodução constitui expressão do projeto parental, que envolve responsabilidades, devendo sempre se ater ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente como o principal critério de valoração nos casos envolvendo a reprodução humana assistida.

Nesta senda, nas modalidades heterólogas de reprodução assistida, exsurge o direito ao anonimato entre doadores e receptores de material genético, corolário lógico para sua viabilização, sendo que aqueles que doam, o fazem por ato de benevolência, a fim de propiciar a terceiros a realização de um projeto parental, sendo irracional pensar em atribuir quaisquer responsabilidades decorrentes da geração de um filho.

No entanto, não se pode olvidar da existência de um direito à perquirição da ascendência genética, como forma de expressão do direito à identidade e ao

conhecimento da própria história, de que são titulares todos os sujeitos, apresentando, portanto, uma relativização da regra do anonimato, o que deve ocorrer mediante provimento judicial dotado de eficácia meramente declaratória, unicamente a fim de estabelecer impedimentos matrimoniais entre filho e o ascendente biológico, viabilizar hipóteses de necessidades médicas eminentes, bem como necessidades psicológicas do investigante, que possui o direito de construir sua identidade possibilitando a definição de sua personalidade, sem quaisquer efeitos constitutivos de vínculos ou quaisquer outros deveres ou prerrogativas inerentes à paternidade ou maternidade jurídica.

Portanto, as técnicas de reprodução assistida constituem uma complexa rede de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, sendo que, em suma, pode-se afirmar que a verdade biológica prepondera na inseminação artificial e fertilização *in vitro* da modalidade homóloga, e a verdade socioafetiva prepondera na inseminação artificial e fertilização *in vitro* heterólogas e na doação de embriões.

Atualmente, no ordenamento brasileiro, não existe legislação que discipline, de modo específico, a reprodução assistida em toda a sua extensão. Atualmente, encontram-se vigentes no Brasil, apenas as Resoluções nº. 1.931/2009 e nº 2121/2015 ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), bem como as Resoluções nº. 196/1996, nº 246/1997, e a nº 303/2000, todas do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

No entanto, estas resoluções apenas regulamentam e criam diretrizes, sem observância ao trâmite do processo legislativo constitucionalmente instituído (art. 59 e seguintes da CF), assim, persiste a inexistência de legislação brasileira a compreender, aplicar e regularizar a reprodução humana assistida.

No entanto, mesmo à míngua de regulamentação jurídica a respeito da aplicação das técnicas de reprodução humana medicamente assistida e de suas consequências, sua utilização deve sempre ser pautada por normas éticas e pelos princípios constitucionais.

## BIBLIOGRAFIA

ALBANO, L. M. J. **Biodireito: os avanços da Genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALVARENGA, R. L. S. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ARNAUD, A. J. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69-73.

ARRUDA, J. A.; PARREIRA, K. S. **A prova judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BEIGUELMAN, B. **Dinâmica dos genes nas populações e nas famílias**. 2. ed. São Paulo: Edart, 1972.

BLISKSTEIN, D. **DNA, Paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BONACCORSO, N. S. Alguns aspectos jurídicos do exame de DNA à luz do direito brasileiro. **Forênica- Revista Iberoamericana de Criminalística, Criminologia, Medicina y Ciências Forenses**, v. 1, n.2, p. 9-15, 2002.

BONACCORSO, N. S. **Aplicação do Exame de DNA na Elucidação de Crimes**. 191f. Dissertação (Mestrado em Medicina Forense) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BORGES-OSÓRIO, M. R.; ROBINSON, W. M. **Genética humana**. São Paulo: Artmed, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 25 fev. 2016.

BRAUNER, M. C. C. Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental: contribuição para o debate no Direito Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 3, n. 12, p. 243, out./dez. 2002.

BROWN, T. A. **Genética: um enfoque Molecular**. 3. Ed. Rio de Janeiro: GuanabaraKoogan, 1999.

BURKHARD, R. **New genetic tools for differentiating “identical” twins: Eurofins develops first DNA test for forensic and paternity testing of twins**. Disponível em: <<https://www.eurofinsgenomics.eu/en/eurofins-genomics/corporate-information/press-releases/press-archive/twintest.aspx>> Acesso em: 27 jan. 2017.

CALABREZ, M. C. T. **Influência do calor na análise do DNA extraído de sangue e tecidos humanos: importância para a identificação de corpos carbonizados**. 92f. Tese (Doutorado em Ciências) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

CARVALHO, F.; BARIONI, R. Presunções legais relativas a direitos indisponíveis no Código Civil. In: DIDIER, J. F. et al. **Prova, exame médico e Presunção**. O art. 232 do Código Civil. Bahia: Podivm, 2006. p. 83-92.

CATTANI, A. R. et al. O nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar. In: NAZARETH, E. R.; MOTTA, M. A. **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, n.2, p. 22-23.

CONTI, M. C. S. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

DAVIES, A. The appearance and grouping of mixtures of semen and vaginal material. **Medicine, Science and the Law**, v.21, p.22, 1982.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-726.

DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, M. H. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, M. H. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTIGARA, A. Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos. A distância entre o "dever ser" e o "ser". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1144. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8803>> Acesso em: 5 fev. 2016.

FACHIN, L. E. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVII. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FACHIN, L. E. **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERNANDES, S. C. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, T. B. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito**. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000.

GAMA, G. C. N. **A nova filiação**: O Biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, G. C. N. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, R. C. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GARRAFA, V. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, S. I. F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GONÇALVES, D. W. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o direito. **Revista Consulex**, ano VII, n. 152, 2003.

GUIMARÃES, S. A. B. O direito à informação e os princípios gerais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3362>> Acesso em: 6 fev. 2016.

JEFFREYS, A. J.; BROOKFIELD, J. F. Y; SEMEONOFF, R. Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints. **Nature**, v.317, p.818-819, 1985.

JOBIM, L. F. et al. Perícias médicas em investigação de paternidade pelos principais sistemas genéticos. **Revista do Hospital das Clínicas**, Porto Alegre, v.16, p.13-20, 1996.

JOBIM, L. F.; JOBIM, M.R; BRENNER, C. Identificação humana pelo DNA: investigação de paternidade e análise de casos forenses. In: TOCHETTO, D. **Identificação Humana**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1999.

KIRBY, L. T. **DNA fingerprinting: an introduction**. New York: Stockton Press, 1990.

KRELL, O. J. G. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEHNINGER, A. L; NELSON, D. L.; COX, M. M. **Princípios de Bioquímica**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.



LEITE, E. O. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, E. O. **Monografia Jurídica**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

LEITE, E. O. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, L. M.; IÑIGO, D. B. Identidad, filiación y reproducción humana asistida. In: DARIÓ BERGEL, S.; MINYERSKY, N. **Bioética y derecho**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 259-270.

LIRA, R. P. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, V. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, P. L. N. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, P. L. N. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 01, jun. 1999.

LÔBO, P. L. N. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial (arts. 1.591 a 1.693)**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 16, 2003.

LÔBO, P. L. N. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 5. Ago/set. 2008

MADALENO, R. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

MARTINS, I. G. S. O exame de DNA como meio de prova-aspectos constitucionais. In: LEITE, E. O. **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova na filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, J. **Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas**. Curitiba: Gênese, 2004.

MEIRELLES, J. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: ("Mãe de Aluguel")**. Curitiba: Genesis, 1998.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99-100.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

MORAES, M. C. B. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos de personalidade. In: BARRETO, V.A **nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOURA NETO, R. S. A Investigação de Crimes Sexuais através do Estudo do DNA. **Revista Panorama da Justiça**, n.10, 1998.

MOREIRA F. J. R. Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Bioética e Biodireito, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 2002.

NOGUEIRA, J. F.. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memoria Jurídica, 2001.

OLIVEIRA. V. E. C. **A Presunção da paternidade no caso de gêmeos univitelinos**. Disponível em:<<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-16.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2016.

OLIVEIRA, J. M.; LEONI L. **A nova lei de investigação de paternidade. Lei n.8.560, de 29/12/92**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

OLIVEIRA, J. D. **Fundamentos Constitucionais do Direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **Reprodução Humana Assistida e o Estatuto Jurídico da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional**. 348 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PERLINGIERI, P.O **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUEIROZ, J. F. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RACE R.; SANGER, R. **Blood groups in man**. Oxford: Blackwell, 5th ed., 1968.

SÁ, M. F. F. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, M. C. C. L. **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, D.; PIOVESAN, F. **Nos limites da vida: Aborto, clonagem humana e**

eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, E. M.A filiação em face da reprodução humana assistida. **Revista da ESMESC**, v.13, p. 367-398, 2006.

SILVA, J. A.A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 92, 1998.

SILVA, R. P. **Introdução ao Biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVER, H. **Probability of inclusion in paternity testing: a technical workshop**. Washington, DC: AABB, 1982.

SIMAS FILHO, F.A **prova na investigação de paternidade**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

SIMAS FILHO, F. **A prova na investigação de paternidade**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

VELOSO, Z. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, S. S. **Direito civil: direito das sucessões**. 12 ed., v. 7. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, S. S. **Direito civil: direito de família**. 5 ed., v. 6. São Paulo: Atlas, 2005.

WEEDN, V. W; SWARNEN, S. L. Exames forenses de identificação por análises do DNA. In: HENRY, J. B. et al. **Diagnósticos clínicos e tratamento por métodos laboratoriais**. 19. ed. São Paulo: Manole, 1998.

WELTER, B. P. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 12, jan/fev/mar. 2002.